



UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**UNIDADE E PLURALIDADE DE INFRACÇÃO NO CRIME DE
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

Dissertação final do Mestrado Profissionalizante em Ciências Forenses, realizada sob a
orientação da Senhora Professora Doutora Helena Morão

Joana De Castilho Duarte Gato

2017

Resumo

O escopo da presente investigação reside na análise crítica da distinção entre unidade e pluralidade de crimes no tipo penal da violência doméstica à luz de critérios, não apenas normativos, mas que atendam ao sentido do ilícito ou sentido social da conduta do agente, em função da evolução doutrinária quanto à determinação dos critérios de delimitação da unicidade e pluralidade criminosa. Mostra-se essencial para a análise da questão principal do trabalho atender à especificidade do ilícito típico, tendo em conta uma interpretação sistemática e conforme com a Convenção de Istambul, o contexto relacional, o bem jurídico e a conduta típica, por forma a definir um conceito de maus tratos adequado a estabelecer as situações de concurso heterogéneo ou unidade criminosa. Toma-se a posição de que os pretensos pressupostos da ofensa à dignidade da vítima e da especial intensidade da conduta única devem ser afastados. O crime de violência doméstica, por ser específico, afasta a imputação dos crimes comuns com moldura penal menos grave.

A previsão da reiteração de condutas no tipo de ilícito, apesar de político-criminalmente justificável, é uma técnica legislativa que gera algumas dificuldades na delimitação do crime. Na relação da violência doméstica com crimes mais graves considera-se que, se no mesmo contexto espaço-temporal o agente pratica várias condutas que se subsumem ao crime de violência doméstica e um facto que é punido com pena mais grave, devem ser imputados ao agente dois crimes, a punir em concurso efectivo. No caso de o agente praticar apenas o crime mais grave, toma-se a posição de que, ainda assim, devem ser aplicadas as penas acessórias correspondentes ao crime de violência doméstica.

A opção legislativa de prever a reiteração no tipo, sem a delimitar, cria situações de subversão da *ratio* do tipo incriminador, pela invariável unidade do crime, independentemente da extensão e dos contornos do comportamento do agente. No caso de inadequação da pena aos factos, pela reiteração de comportamentos violentos durante um largo período de tempo, conclui-se pela necessidade de criação de um critério típico de aumento da moldura penal ou de cisão da unicidade do crime.

Palavras Chave: Direito Penal, Concurso de Infracções, Delimitação da Unidade do Crime, Violência Doméstica, Convenção de Istambul, Conceito de Maus Tratos.

Abstract

The purpose of this academical research is to do an analysis on the difference between unity and plurality of offenses on the crime of domestic violence. Our analysis will take into consideration different types of criteria: the written law, the social illicit sense of the agent's conducts, and also the latest doctrinal works on the subject of unity and plurality of crimes. To answer the major question of this work it's quite essential to understand the specificity of the crime. To define a concept of adequate mistreatment and establish the situations of heterogeneous concurrence or criminal unity, it's important to do an interpretation according to the Istanbul Convention, giving into consideration the context of the relationship, the legal good and agent's conduct. In our opinion, criteria like the damage done on the victim's dignity and the special intensity of a single conduct should be removed. Because this is a specific crime, it rules out the possibility of imputation of common crimes with a lower criminal frame.

The prevision of behavior reiteration on the type of illicit, although explainable on a political-criminal view, creates some difficulties on the delimitation of the crime. In relation to the connection between domestic violence and other more serious crimes, it's considered that if in the same time space the agent practices an action that can be ruled as domestic violence and as a more severe crime, punished by a higher penalty, the defendant should be accused for the two crimes. If the agent only practices the crime with the higher penalty, we believe that, even though he will not be charged with the crime of domestic violence, he should be eligible to be charged with the accessory sentences applicable to the domestic violence crime.

This legislative option of reiteration, without any limits, can create situations on which the ratio of the incrimination type, because of the crime's unity, can be subverted, without taking into consideration the extension and the actions of the agent. When there the sentence is not adequate to the facts, because of the reiteration of violent actions for a long period of time, we think there's a need to create a criteria that allows for an increase on the criminal frame or to the split on the unity of the crime.

Key-Words: Criminal Law, Concurrence of Infractions, Boundaries on the Unity of Crime, Domestic Violence, Istanbul Convention, Concept of Mistreatment.

Agradecimentos

À senhora professora doutora Helena Morão, pela disponibilidade e orientação prestada durante a realização desta dissertação.

À minha família, por ter aberto os caminhos do meu percurso académico e por continuar a dar apoio e patrocínio aos meus projectos e objectivos vindouros.

Lista de Abreviaturas e siglas

APAV Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

Ac. Acórdão

Art. Artigo

CC Código Civil

CEJ Centro de Estudos Judiciários

Cf. Confira

CI Convenção de Istambul

CIG Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género

CP Código Penal

CPP Código do Processo Penal

CRP Constituição da República Portuguesa

Op.cit. Obra citada

e.g Por exemplo

p. Página e pp. Páginas

ss. Seguintes

STJ Supremo Tribunal de Justiça

TRC Tribunal da Relação de Coimbra

TRE Tribunal da Relação de Évora

TRG Tribunal da Relação de Guimarães

TRL Tribunal da Relação de Lisboa

TRP Tribunal da Relação do Porto

Nota: A presente dissertação encontra-se escrita de acordo com a antiga ortografia.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
ANÁLISE DA COMPOSIÇÃO DO OBJECTO DA DISSERTAÇÃO	12
I. Enquadramento Geral do Tratamento Dogmático dos Critérios da Determinação do Número de Infracções – Do Formalismo à Compreensão Material da Unicidade do Crime	12
1. Uma primeira aproximação ao contexto geral da evolução dogmática	13
2. Ponto de partida: o formalismo da tese de Eduardo Correia	15
3. Novos contributos no estabelecimento dos critérios da unidade ou pluralidade de crimes – bloco normativista	20
4. Tese de Figueiredo Dias e a consideração pelo sentido social de ilícito	27
5. Visão material do concurso de crimes	30
II. Aspectos materiais do crime- Interpretação do art.º 152.º do CP à luz da Convenção de Istambul	43
1. Violência Doméstica como Fenómeno Social e Legislativo	43
1.1. O despertar da consciência	43
1.2. A evolução do preceito penal até à actualidade. Convenção de Istambul como derradeiro promotor maior censurabilidade da violência doméstica	44
1.3. Noções de violência doméstica	54
2. Crime específico: Maior censurabilidade da violência exercida sobre o leque de vítimas do âmbito subjectivo passivo	55
2.1 Crime específico próprio e impróprio	55
2.2 Especificidades quanto aos núcleos de vítimas	56
3. Bem jurídico autónomo e abrangente	61
3.1 Hipótese do bem jurídico da violência doméstica como sendo a Dignidade da Pessoa Humana	63

3.2 Hipótese do bem jurídico como conjunto agregado de outros bens face à multiplicidade de condutas pertencentes ao tipo	65
3.3 Hipótese do bem jurídico como sendo a Saúde	65
3.4 Hipótese do bem jurídico como sendo a integridade pessoal	68
3.5 Hipótese do bem jurídico como o livre desenvolvimento da personalidade e integridade pessoal	69
3.6 Tomada de posição	70
i) Relação dos artigos 1.º, 25.º e 26.º C.R.P. com o preceito penal	70
ii) Saúde como bem jurídico	73
iii) Modalidade de ofensa do bem jurídico tutelado	74
4. Âmbito da tutela penal da violência doméstica: o conceito de “ <i>maus tratos</i> ” como parâmetro da delimitação mínima da incidência objectiva	77
4.1. Perspectiva naturalística da análise do conceito	77
4.2. Análise crítica aos critérios mínimos de relevância típica conferidos pelo julgador/intérprete	79
i) Tese da exigência de intensidade/gravidade especial da conduta	81
ii) Tese da exigência de ofensa à dignidade da vítima	85
iii) Posição Adoptada	86
PLURALIDADE DE INFRACÇÃO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	94
I. Ponto de chegada na interpretação da ilicitude típica da violência doméstica: a relação do tipo penal com crimes com moldura penal menos grave	94
II. A relação da violência doméstica com os tipos penais com moldura penal mais grave. Termos da subsidiariedade	97
III. Necessidade de intervenção do legislador na resolução do problema do concurso homogéneo na violência doméstica	101

<u>1. Exposição do problema</u>	<u>101</u>
<u>2. Opção da resolução do problema pela via do critério da gravidade das condutas</u>	<u>106</u>
<u>3. Impossibilidade de resolução pela via do critério da intensidade</u>	<u>108</u>
<u>4. Posição adoptada: desígnio legislativo acompanhado de um critério legislativo</u>	<u>110</u>
<u>CONCLUSÕES PRINCIPAIS</u>	<u>113</u>
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	<u>115</u>

INTRODUÇÃO

Como tem vindo a ser dito por muitos autores, a violência praticada no âmbito da vida doméstica é um fenómeno antigo e transversal aos tempos, às culturas e às classes sociais.¹ Ao longo da história, a nível Europeu, a violência doméstica passou de tolerada e legitimada, a absolutamente intolerada e considerada incompatível com a dignidade da pessoa humana. Os movimentos que se foram operando no sentido da criminalização e agravamento destas práticas são resultado desta paulatina consciencialização colectiva da banalidade e gravidade da violência praticada no contexto familiar, contexto agora entendido num sentido amplo, e consubstanciam diversas operações de densificação de direitos fundamentais. Dado que a atitude social dominante é causa e reflexo no Direito, legislado ou dito², e que o conceito material de crime é, em parte, produto da sua definição social³.

Desde os primeiros movimentos de consciencialização, que tiveram por base estudos psicossociais acerca das consequências deste tipo de violência sobre as vítimas, até à assinatura da Convenção de Istambul, marco na definição da violência doméstica como violência de género, tem sido realizada uma longa travessia no sentido da maior protecção destas situações.

O objecto do nosso trabalho incide na análise do tipo penal da violência doméstica dentro da temática da unidade e pluralidade de crimes. O que implica um enquadramento, ainda que sumário, da evolução do tratamento dogmático das várias correntes doutrinárias acerca dos temas da delimitação da unidade da infracção e da determinação dos critérios de pluralidade de crimes, mais especificamente dentro do mesmo tipo penal. Destarte, a análise a que o capítulo se dedica não esgotará todo o pensamento dos autores enunciados acerca da extensa problemática da delimitação da unidade e pluralidade de infracção. Para o estudo dos problemas concursais, recorreu-se apenas à doutrina nacional.

Além disso, num crime a que o legislador atribuiu um cunho especialmente marcado por uma “*unidade social de sentido*”, cuja incriminação se encontra intimamente ligada a

1 Cf., por todos, CLÁUDIA ALVES, *Violência Doméstica*, 2005, pp.2 e s. e HILARY FISHER, *Livre do Medo, Livre da Violência- Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à violência contra as mulheres e violência doméstica. Manual para deputados.*, p. 15

2 TERESA BELEZA, *Violência Doméstica*. Revista do cej, n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre, 2008 p.286

3 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo I: Questões Fundamentais, A Teoria Geral do Crime, 2.ª Ed.,Coimbra Editora, 2012, p. 133

novas perspectivas sobre direitos⁴ e sobre a influência da actuação político-criminal das instâncias internacionais, considera-se ser imprescindível para a boa interpretação do tipo penal previsto no art.º 152.º CP e compreensão do fenómeno da violência doméstica, dedicar algumas páginas ao tratamento multidisciplinar, histórico e internacional da temática. Como defende MOREIRA DAS NEVES, as boas práticas judiciais quanto à violência doméstica dependem de “*um conhecimento razoável do fenómeno social que subjaz esta problemática e um claro panorama sobre o direito vigente nesta matéria*”⁵. Também TERESA FÉRIA refere que “*a irrelevância jurídica da ocorrência naturalística da(s) ofensa(s) que consubstancia(m) um crime de maus-tratos, não implica o desconhecimento do modo como estas habitualmente se desenrolam*”⁶.

A determinação da extensão da ilicitude material contida pelo tipo de ilícito é, a nosso ver, e apoiados nas mais recentes concepções acerca dos critérios de determinação da unidade e pluralidade de infracção, essencial para a determinação do número de crimes, pois só partindo da definição dos aspectos do tipo objectivo e subjectivo do ilícito, poderemos discutir com propriedade as questões relativas à distinção material e concreta entre unidade de infracção e concurso efectivo de crimes. Iremos por isso, delimitar o âmbito subjectivo passivo, nas circunstâncias relacionadas com o agente, analisar o bem jurídico e delinear o conceito de maus tratos. Orientados pelos termos do raciocínio teleológico-sistemático que o sistema de construção do facto penal exige, faremos uma análise crítica às considerações jurisprudenciais e doutrinárias acerca dos pressupostos essenciais da conduta dos “*maus tratos*”, bem como da sua ponderação, para que esta reclame materialmente perseguição e punição penal nos termos do art.º 152.º do CP. Importará depois demarcar o recorte conceptual, num raciocínio comprometido entre a política criminal e a dogmática penal. A partir dessa interpretação, analisaremos as relações da violência doméstica com outros tipos penais, com moldura penal menos e mais grave.

Questiona-se, por fim, se pode um crime que se baseia numa *unidade social de sentido*, que agrega um conjunto de comportamentos num só crime, ser fonte *ad eternum* de unidade criminosa, ou se há alguns factores que determinam a pluralidade de crimes em concurso homogéneo. A investigação parte de um sentimento de insatisfação que se tem

4 Cf. MARIA FERNANDA PALMA, *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, Anatomia do Crime n.º 0, Coimbra: Almedina, 2014, p.5., cit., p. 1

5 MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica – bem jurídico e boas práticas*, Verbo Jurídico, 2009, p. 3

6 TERESA FÉRIA, *Ousar Vencer a Violência sobre as Mulheres na Família - Guia de Boas Práticas Judiciais*, cap. I, APMJ, 2006, ponto 2.6.1, exposição referente ao enunciado legal anterior à reforma de 2007

levantado perante alguma incoerência e injustiça de decisões jurisprudenciais em certos casos de violência doméstica mais grave, pela sua extensão ao longo dos anos, ou por outros contornos concretos em que, contrariamente àquela que parece ser a intenção político-criminal exposta no texto legal, o infrator acaba por sair beneficiado em relação a situações em que o tipo penal não se aplique.

PARTE I: ANÁLISE DA COMPOSIÇÃO DO OBJECTO DA DISSERTAÇÃO

I. Enquadramento Geral do Tratamento Dogmático dos Critérios da Determinação do Número de Infracções – Do Formalismo à Compreensão Material da Unicidade do Crime

No estudo dogmático da unidade do ilícito deparamo-nos com uma bifurcação clara, que divide a doutrina tradicional, em relação ao prisma com que se olha para o critério da unidade do crime⁷. Ou se assume que a unidade do crime parte da unidade do facto, como a maioria da doutrina germânica, ou se assume que a unidade do crime parte da sobreposição das normas penais, como EDUARDO CORREIA, tese que é maioritariamente aceite nos tribunais portugueses⁸. Actualmente, acrescenta-se a este panorama uma nova visão, mais alargada, que parte da aceção de que a contagem do número de crimes não pode depender somente da qualificação jurídica ou da acção do agente, dependendo também das valorações sociais que constam do comportamento do agente e que o ilícito compreende. Apontamos como autores que se enquadram neste terceiro grupo FIGUEIREDO DIAS, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO e INÊS FERREIRA LEITE.

Numa primeira linha de rejeição à definição do concurso como relações puramente lógicas entre normas, LOBO MOUTINHO, LUÍS DUARTE D'ALMEIDA e FIGUEIREDO DIAS fazem ressurgir o tradicionalmente chamado “*concurso ideal*”. Os dois primeiros autores criam a figura com base na *conexão entre as infracções*, construído nas bases da concepção de PUPPE. FIGUEIREDO DIAS considera que a unidade criminosa de um comportamento globalmente considerado deve ter em conta a unidade do seu *sentido social de ilicitude* que, se cobrir mais do que um ilícito, deve convocar a pluralidade de tipos que se não forem independentes, devem submeter-se ao regime do concurso aparente de crimes. Noutras perspectivas, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, coloca a tónica da distinção entre unidade e pluralidade de crimes na noção de *ilícito pessoal*. INÊS FERREIRA LEITE concebe a unicidade do facto como *facto normativo-social*, que densifica o princípio do *ne bis in idem* e que deve conformar a actuação legislativa de judicial de uma forma transversal⁹,

⁷ Vide, LOBO MOUTINHO, *Da Unidade à Pluralidade de Crimes no Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica, 2005, p. 46; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p.981; INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis In Idem – Proibição de Dupla Punição e de Duplo Julgamento*, Lisboa: AAFDL Editora, 2016, vol. I, p. 820; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Do Concurso de Crimes ao “Concurso de Ilícitos” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 17;

⁸ Cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp.17, 124 e 278; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 981

afectando de forma directa a distinção entre concurso de normas e concurso de tipos incriminadores¹⁰.

1. Uma primeira aproximação ao contexto geral da evolução dogmática

Regista-se dificuldade em estabilizar conceptualmente os institutos dentro da temática da unidade de infracção¹¹. A diversidade de regimes polissémicos utilizados por diferentes correntes doutrinárias no uso da mesma terminologia para lhe atribuir outro sentido torna a questão da sistematização dos concursos de normas penais e de crimes num intrincado “*panorama labiríntico*”¹², que não cabe no objecto do nosso estudo. Para além dos institutos polissémicos, a “*trifurcação*” já assinalada das perspectivas que dividem a doutrina contribui para a falta de clarificação nesta matéria em que, apesar do regime legal do concurso beneficiar de estabilidade legislativa¹³. Dependendo da corrente doutrinária, alguns institutos tradicionais são rejeitados, sendo completamente desprovidos de uso ou utilidade. No entanto, não poderemos deixar de falar das tendências mais marcantes dentro deste âmbito e dos distintos conceitos relativos ao regime da unidade e pluralidade de infracção.

Para designar as situações de unidade do crime, fruto das relações lógicas de hierarquia entre normas, tradicionalmente é usado o termo “*concurso legal ou aparente*”¹⁴ ou “*concurso aparente de normas*”¹⁵, neste caso, o agente é punido apenas por um crime, pois só este é concretamente aplicável. Esta constelação contrapõe-se ao “*concurso efectivo de crimes*”¹⁶, ou “*concurso de infracções*”¹⁷, em que o agente é punido por uma pluralidade de crimes, de acordo com o regime previsto pelo art.º 30.º do CP, ou seja, para cada tipo penal

9 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 926 e ss.

10 *Ibidem*, vol. I, pp. 827 e s. Ainda que, como veremos, pluralidade normativo-social não implique pluralidade típica.

11 Fazendo notar essa dificuldade, por todos, e com uma exemplificação detalhada do assunto cf. LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 652; JOÃO COSTA ANDRADE, *Da Unidade e Pluralidade de Crimes – Doutrina Geral e Crimes Tributários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 13 e ss.; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 812 e ss.;

12 Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 813 e nota 3125

13 Como assinala INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 122

14 Assim designam esta figura, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2014 (reimp.), p. 203; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p.155; GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral: introdução e teoria da lei penal*, Lisboa: Verbo, 1997, p. 310, embora também faça referência ao concurso de normas.

efectivamente violado, caracterizado como um crime autónomo, corresponde o cálculo de uma pena que, nos termos do art.º 77.º CP, será aglutinada com as outras numa pena única, de acordo com as regras do cúmulo de penas¹⁸. Fora deste regime punitivo encontra-se a pluralidade de crimes que preencha os requisitos legais do crime continuado, expostos no art.º 30.º, número 2 do CP. O crime continuado é uma unidade criminosa ficcionada, sujeita ao regime punitivo do art.º 79.º, número 2 do CP.

A estas figuras, alguma doutrina acrescenta um terceiro regime punitivo, o do “*concurso ideal*”¹⁹, “*concurso efectivo aparente*”²⁰ ou “*concurso aparente de crimes*”²¹. A doutrina que transportou o concurso ideal normativo, para o ordenamento jurídico português não é unânime quanto aos fundamentos, natureza ou forma de punição da figura. No entanto, é consensual que esta surge como um patamar intermédio de punição, entre a unidade criminosa e o regime punitivo da pluralidade de crimes, dado que os tipos incriminadores convocados não são totalmente independentes entre si.

A doutrina recente tem rejeitado e criticado a tradicional visão das relação lógica entre normas como motor da determinação da unidade do crime. Os novos contributos para a análise da questão da unidade e pluralidade de crimes podem-se dividir num bloco tendencialmente normativista, a que correspondem as teses de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA e LOBO MOUTINHO, numa corrente intermédia, que tem em conta os sentidos sociais de ilicitude mas que parte ainda das relações entre normas para estabelecer a unidade do crime, que corresponde à tese de FIGUEIREDO DIAS e as teses que procuram um fundamento material para a unicidade do crime no concurso, rejeitando completamente a análise dos tipos

15 Designam desta forma os autores CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Parte Geral, Lisboa: Verbo, 1981, p.159. Ainda que considerando que esta designação é errónea, dado que o concurso é apenas aparente; ROBIN DE ANDRADE, *Direito Penal*, Parte II, Lisboa: Edição Policopiada, 1972, p. 396; TERESA BELEZA, *Direito Penal*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 1984, p.696, que designa apenas por *concurso de normas*.

16 *Vide*, INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 816

17 *Cf.* EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 197 e s.

18 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol I, p. 816 e vol II, p. 287 e ss.

19 *Cf.* LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *O “Concurso de Normas” em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 106 e ss.

20 *Cf.* LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp.1182 e ss.

21 *Cf.* FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 1011 e ss.

legais como ponto de partida, que têm como defensoras CRISTINA LÍBANO MONTEIRO e INÊS FERREIRA LEITE .

2. Ponto de partida: o formalismo da tese de Eduardo Correia

A concepção de EDUARDO CORREIA tem uma importância fulcral no desenvolvimento da teoria da infracção penal no ordenamento jurídico português. O autor desloca a compreensão da questão da separação entre unidade e pluralidade criminosa da perspectiva da coincidência espaço- temporal da prática dos factos, que marca o concurso de crimes no ordenamento jurídico germânico ainda hoje²² e era acompanhada por parte da doutrina portuguesa²³, e passa a colocar a questão no plano normativo.

Assumindo, ou não, a interpretação do autor sobre o concurso de crimes, é relativamente consensual que o autor é o pai do regime do concurso de crimes actual, pois a sua tese deu corpo às normas penais dos artigos 30.º, 77.º, 78.º e 79.²⁴ e afastou o concurso ideal nos moldes da doutrina germânica maioritária do ordenamento jurídico penal português.

A tese do autor rejeita a corrente doutrinária germânica que coloca a tónica concursal no número de condutas praticadas pelo agente, em sentido naturalístico²⁵. Esta doutrina, defendida principalmente por LISZT, M.E. MAYER ou WACHENFELD²⁶, distingue o concurso ideal e o concurso real através do conceito de acção naturalística, sendo defendido que a unidade do facto se estabelece previamente às normas penais que a ele se aplicam. A unidade da acção distingue o concurso real do concurso ideal e autonomiza o concurso aparente face ao concurso efectivo²⁷. O concurso ideal consiste numa “*forma de aparecimento do crime na qual a conduta do agente preenche, com uma só acção, várias normas*

22 *Vide*, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 28

23 Como defensores do concurso ideal de crimes, interpretando o § único do art. 38.º do CP de 1986 nesse sentido, *vide* CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português*, Lisboa, Verbo, 1981, p. 161. Apesar disso, a tese do autor não se funda em critérios naturalísticos de acção; ROBIN DE ANDRADE, *op. cit.*, pp. 386 e ss.

24 *Cf.*, nomeadamente, *Actas das sessões de discussão sobre as alterações do Código Penal*, parte geral, I.ª Parte, Edição da Associação Académica de Lisboa, p. 213; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 9 e 11; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 122; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 985. Contra esta afirmação LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp. 137 a 139

25 *Cf.* EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, p. 198

26 *Cf.*, *ibidem*, p. 198; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 31 e ss.

27 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 820 e s.

*incriminadoras (ou várias vezes a mesma), sempre que estas não se encontrem entre si numa relação tal que uma delas afaste a outra ou as outras”*²⁸.

Enquanto que ao concurso real se aplica, normalmente, o regime punitivo de acumulação de penas, o concurso ideal, tradicionalmente, caracteriza-se pela aplicação de um sistema de pena única, partindo da moldura penal do tipo incriminador mais grave dentro dos que foram violados pela conduta do agente²⁹. O concurso ideal é uma forma de concurso não cumulativo de crimes³⁰ e uma forma de unidade do delito³¹. Considera-se que, pelos factos terem sido cometidos por uma só conduta, há unidade de delito apesar da violação de vários tipos legais. O trabalho da doutrina germânica tem sido o de densificar o conceito de acção, por forma a estabelecer um “*critério uniforme de apreciação do concurso ideal*”³².

EDUARDO CORREIA critica a figura do concurso ideal fundado na acção naturalística. Na sua concepção, o conceito de acção utilizado é considerado desajustado face ao conceito de acção na teoria do crime. Para o autor, o conceito de acção, transversalmente aplicado ao direito penal, não deve residir na pura modificação do mundo exterior, provocada por um acto de vontade³³. Atendendo à questão de que o mais simples facto jurídico-socialmente uno se pode subdividir em múltiplas acções naturalísticas, o critério tem que ser forçosamente jurídico e não naturalístico³⁴, sob pena de indeterminação do critério. A unidade da acção determinada pelos “*ensinamentos da experiência da vida diária, residindo numa conexão tal que um terceiro também a poderia reconhecer*”, conduz à arbitrariedade das decisões³⁵. Como remate, EDUARDO CORREIA defende que a disparidade de regimes sancionatórios não pode partir da pura realidade fáctica, sendo que não há nenhuma base

28 Cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p.27

29 *Ibidem*, p. 27

30 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 827

31 Cf. EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, p. 198

32 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 32

33 Vide EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1963, pp. 15 e s.

34 *Ibidem*, nota I, p. e II, n.º 3 e pp. 28, 29 e 33

35 Cf. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., p.199; *Idem*, *A Teoria do Concurso...*, cit., p.25; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p.835; criticando no mesmo sentido, LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p.35

axiológica que o sustente. A cisão entre unidade e pluralidade deve, consequentemente, depender dos juízos de valoração jurídico-penal³⁶.

Na realidade, o conceito de acção como critério do concurso ideal não se restringe à unidade naturalística da acção, tendo sido criados os conceitos de “*unidade natural da acção*”, “*unidade típica de acção*” e “*unidade jurídica da acção*”, critérios jurídicos que suportam a unidade do facto no concurso ideal para a maior parte da doutrina germânica actualmente³⁷ e que foram defendidas por autores portugueses³⁸. No entanto, não deixam de se poder apontar críticas a esta visão.

Partindo da ideia de que o desvalor dos comportamentos não se altera consoante a coincidência espaço-temporal, ou não, da prática dos crimes, a tese de EDUARDO CORREIA tem como base a cisão entre unidade e pluralidade de crimes assente no critério dos tipos legais de crime violados. Deve-se atentar no número de tipos de ilícito que se podem extrair do comportamento imputado ao agente e que é levado à cognição do tribunal para determinar o número de crimes³⁹.

A concepção do autor parte da noção de que o conceito de acção tem, forçosamente, que adquirir uma estrutura valorativa que advém do número de valores jurídicos negados pela actuação, ou seja, pelo número de bens jurídicos violados, que se exprimem na ilicitude material dos tipos legais de crime⁴⁰. A determinação do número de crimes rege-se pela determinação do número de tipos de ilícito preenchidos que protejam bens jurídicos diferentes, excepto no caso de existirem entre as normas relações hierárquicas e lógicas, que o autor enumera como sendo as relações de especialidade, subsidiariedade, consumpção e consumpção impura⁴¹. Estas relações conduzem ao concurso aparente de crimes, ou seja, à

36 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 122

37 Para um estudo muito aprofundado sobre o concurso ideal, tanto na doutrina germânica como portuguesa cf. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 27 e ss.; analisando os conceitos de acção referenciados cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp.982 e ss.

38 Vide, LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 46 e INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p.822,

39 EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso...*, cit., pp. 76 e 84 e EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., II, p.200

40 EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., II, p.201; *Idem*, *A Teoria do Concurso...*, p. 67 e ss.; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p.836

41 EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., pp. 203 a 208

unidade da infracção. O autor extrai das relações lógicas condições de aplicação dos próprios princípios, e atribui-lhes uma importância fulcral na determinação e delimitação da unidade do crime⁴².

A posição de EDUARDO CORREIA quanto à interpretação do art.º 30.º do CP é, então, a seguinte: a possibilidade de subsumir uma expressão da vida em um ou mais tipos legais é o critério para a determinação da unidade ou pluralidade de infracções. No entanto, os tipos legais têm que ser efectivamente violados, ou seja, entre as normas não pode haver uma relação de subordinação hierárquica, ou de exclusão, traduzida nos princípios lógicos-normativos⁴³. O termo “*efectivamente*” surge como delimitação negativa do âmbito do concurso de crimes⁴⁴.

A marcada importância dada às normas na definição do crime entesta, num primeiro momento, com o problema de ao comportamento do agente ser concretamente aplicável apenas uma norma penal, mas que do comportamento se retira que a violação ocorreu mais do que uma vez. O tipo de crime nos moldes puramente objectivos e formais acaba por concentrar toda a actividade a ele subsumível. As dificuldades apontadas não conseguem ser suficientemente supridas pelos critérios de resolução que o autor invoca, como veremos adiante.

EDUARDO CORREIA defende que, neste caso, o critério de pluralidade de crimes deve ser o da pluralidade de juízos concretos de culpa, ou seja, a pluralidade de resoluções criminosas, expressas por uma “*descarga autónoma de energia volitiva*” que se expressam pela vontade descrita no tipo penal e não pela mera vontade fisiológica⁴⁵. A vontade é o “*processo de motivação inerente à rejeição do comando da norma*”⁴⁶ e pela realização do projecto criminoso, forma a pluralidade de crimes em concurso homogéneo. A quantidade de vezes que o agente revela a rejeição da influência motivadora da norma reflecte a quantidade de vezes que a norma é violada.

42 *Idem*, *A Teoria do Concurso...*, cit., p.167; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p.819

43 Por todos, vide, *Actas das sessões de discussão sobre as alterações do Código Penal*, cit., p. 213

44 EDUARDO CORREIA, *A Teoria do concurso...*, cit., pp. 129 e ss, pp. 132, 146 e s., pp. 153 e ss.; LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p.12

45 EDUARDO CORREIA, pp.45 e s. e pp. 92 e ss.

46 Como explica INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 840 e EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso...*, cit., p.119

Para determinar a unidade de resolução criminosa, que se mostra de difícil apreensão por ser um processo interno do agente, o julgador deve valer-se da “*conexão temporal necessária para a existência da unidade de resolução*”, determinada de acordo com as regras da experiência psicológica⁴⁷. O critério é, no entanto, ilidível⁴⁸.

Ora, este critério representa uma vulnerabilidade da tese do autor, na medida em que expõe a sua posição às mesmas críticas que o autor faz contra as teses naturalísticas, como fazem notar, nomeadamente, LOBO MOUTINHO, FIGUEIREDO DIAS e INÊS FERREIRA LEITE. Acompanhamos as afirmações dos autores de que não se pode reduzir a unidade do facto à unidade de um dos seus elementos⁴⁹.

Os “*critérios de determinação da contagem da resolução criminosa*”, “*as regras da experiência e da psicologia*” e a “*conexão temporal*” são critérios naturalísticos, ambíguos e vagos⁵⁰. Também não parece ser possível assumir que à execução de diversos movimentos físicos esteja subjacente uma intenção homogênea. A vinculação do número de crimes ao plano do agente faz com que a resolução do número de crimes fique dependente da demonstração desse plano, o que será reconduzido às declarações do próprio agente⁵¹.

FIGUEIREDO DIAS faz ainda notar que a resolução não pode ser sinal seguro de unidade de sentido de ilícito de um comportamento, posto que a unidade de resolução é compatível com a pluralidade de sentidos autónomos de ilícito do comportamento global do agente, sendo o contrário também válido⁵².

INÊS FERREIRA LEITE aponta ainda para a contradição axiológica de que o critério padece, na medida em que a assunção do critério da unidade de resolução implica admitir que o agente que demonstrou uma maior intensidade dolosa pode ser punido em concurso

47 EDUARDO CORREIA, *A Teoria do Concurso...*, p. 124

48 *Idem*, *Direito Criminal...*, cit., p.202

49 LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p.479 e ss., o autor defende que o facto deve persistir na sua estrutura essencial; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 986 e s. e INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 834 e 836

50 *Vide*, LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 485 e 479 e ss. e INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 837 e 843

51 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 841 e 842

52 *Vide* exemplos dados pelo autor, *ibidem*, p.1008

aparente, face aquele que demonstrou menos intensidade dolosa, ainda que plural.⁵³ Por fim, este critério dificilmente se aplica aos crimes negligentes⁵⁴.

3. Novos contributos no estabelecimento dos critérios da unidade ou pluralidade de crimes – bloco normativista

Tanto LUÍS DUARTE D'ALMEIDA como LOBO MOUTINHO se afastam da tese de EDUARDO CORREIA, não se desapegando, no entanto, da tendência normativista para a resolução do problema do concurso de crimes.

LUÍS DUARTE D'ALMEIDA tenta retirar o ênfase das relações entre normas e dos procedimentos lógico-subsuntivos do regime da unidade e pluralidade de crimes, partindo da ideia de que não se enquadra o caso na norma, mas as normas escolhidas é que devem ser as adequadas ao caso.

O autor rejeita e desmonta a figura do concurso de normas, considerando que a constelação tradicional junta figuras com lógicas de resolução diferentes e com consequências dispares, padecendo de heterogeneidade material⁵⁵.

As figuras de subordinação e inclusão lógica das normas reduzem-se a meras operações pré-subsuntivas de aplicabilidade externa⁵⁶. LUÍS DUARTE D'ALMEIDA considera que a selecção da norma deve ser feita previamente à subsunção, colocando o caso como ponto de partida para a selecção da norma. A operação de selecção da norma não atenta nas normas abstractamente aplicáveis, mas selecciona a norma que mais se adequa ao caso através de um juízo material de triagem das normas com base no “*sentido problemático-jurídico da conduta lesiva*”. As relações lógicas entre normas tornam-se, assim, materialmente indiferentes⁵⁷. Não existe nenhum tipo de concurso de normas, porque as normas não vão a concurso algum, nem no campo abstracto ou aparente. Não se está perante uma questão de interpretação das normas, mas sim um problema no campo de aplicação da lei penal. O

53 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 838 a 843

54 Para uma abordagem mais específica à crítica das soluções desta tese nas situações de crimes negligente, *vide ibidem*, pp. 875 e s.

55 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 68

56 *Vide*, LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 129

57 *Ibidem*, pp. 29 e 33

problema não é de subsunção do caso à norma que se aplica efectivamente, mas trata-se de “um processo de caracterização do juízo selectivo da norma ou normas aplicáveis em um determinado caso”⁵⁸. Trata-se de uma operação de aplicabilidade normativa, mais concretamente, de aplicabilidade externa. LUÍS DUARTE D'ALMEIDA defende a pré-judicialidade metodológica da questão material de aplicabilidade externa em relação ao prosseguimento de um juízo subsuntivo de “*preenchimento*” de um tipo criminal⁵⁹.

Já as figuras da subsidiariedade expressa, da consumpção e as condutas negligentes com pluralidade de resultados típicos, entre outras situações residuais, por serem relações que se sustentam em critérios teleológicos ou valorativos, em que os tipos se cruzam, protegendo bens jurídicos distintos⁶⁰, são remetidas para outro processo de resolução, no campo da pluralidade criminosa.

O autor constrói para este grupo um “*lugar punitivo intermédio*”⁶¹ a que chama *concurso ideal*. Esta figura é um modelo inspirado no concurso ideal de PUPPE, em que a conexão entre os crimes não tem que ver com a conexão espaço-temporal mas com a proximidade dos bens jurídicos e a correlação entre resoluções criminosas⁶².

O autor defende que estas figuras representam situações de pluralidade de crimes, não existindo razão para que estes tipos se deixem de aplicar ao facto⁶³, excepto no caso de, feita a interpretação e verificação dos requisitos formais de aplicação do tipo, este não se poder aplicar. Só assim se encontra salvaguardado da melhor forma o princípio da legalidade, dado que as normas típicas em relação às quais todos os pressupostos se verificam relevam na totalidade⁶⁴.

58 *Ibidem* p.18

59 *Ibidem*, p. 32 O autor também recusa a existência do *ne bis in idem* material, concretizando-o como um vício metodológico que serve de “*manobra de contorcionismo jurídico*” para justificar a inaplicabilidade conjunta de preceitos abstractamente aplicáveis perante um caso de concurso de normas, *vide, ibidem*, p. 36

60 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 68

61 Expressão utilizada por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 127

62 Cf. LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 96 e ss. O autor, apesar de acompanhar a ideia de PUPPE quanto à criação da figura do concurso ideal de crimes, não acompanha a totalidade da sua tese, considerando haver verdadeira pluralidade de crimes no concurso ideal.

63 *Ibidem*, p.59

64 *Ibidem*, p. 70 e s.

A este regime de pluralidade criminosa em que há uma pluralidade de delitos, com uma conexão objectiva e subjectiva que não os permite serem julgados nos termos do art.º 77.º CP, carecendo de autonomia sancionatória e típica, aplica-se o regime punitivo previsto para o crime continuado, o sistema de pena conjunta formada por exasperação, ou seja, pune-se a pluralidade dos crimes dentro da moldura penal do crime mais grave⁶⁵.

LOBO MOUTINHO contraria a afirmação de que o art.º 30.º do CP transpõe em absoluto a tese de EDUARDO CORREIA para o nosso ordenamento jurídico⁶⁶ e rejeita a teoria do desdobramento dos tipos⁶⁷. Partindo da análise da expressão “*tipo de crime*” que consta da primeira parte da norma do art.º 30.º, número 1, o autor propõe uma nova interpretação, formulada nos seguintes termos: o art.º 30.º do CP faz referência à destriça entre dois tipos de concurso efectivo, dividindo-se este nas categorias do *concurso de crimes* e *conexão de crimes*.

Para este autor, a expressão “*tipo de crime*” corresponde ao “*tipo legal de crime como previsão da norma incriminadora e, por isso, tipo abstracto, especial e em sentido amplo*”⁶⁸, isto significa que a referência ao “*tipo de crime*” não se refere à questão da contagem dos tipos abstractos mas à contagem dos tipos penais que o agente cometeu⁶⁹.

O autor considera a estrutura complexa do crime, que abrange os pressupostos essenciais sem os quais o crime não se verifica e fazem parte da sua estrutura nuclear e a estrutura accidental ou periférica, que é composta pelas circunstâncias que rodeiam a concretização concreta do crime e intervém na medida concreta da pena, de acordo com o exposto no art.º 71.º, número 2 do CP⁷⁰.

65 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, pp.107 e ss.

66 Cf. LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp.44 e ss. e 137 e ss.

67 Vide, LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp.177 e ss.

68 Cf. LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p.229

69 O autor refere precisamente que os tipos penais abstractos não se “*cometem*”, cf. *ibidem*, p.150 e s. e JOÃO COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p.69

70 Cf. LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 319 e pp. 384 e ss. e 429, recusando, assim, a teoria do mínimo, pp. 430 e ss. e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p.141. Cf. também, INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 963

O autor parte da ideia de que a previsão do crime estabelece que: “*se este agente e só este cometer este crime e só este, a pena é esta e só esta*”⁷¹. Toda a actuação que sair do âmbito da previsão do tipo incriminador já não se enquadra no domínio normativo do tipo penal e a punição desse “*excedente*” carece de ser regulada⁷². Posto isto, estabelece três categorias dogmáticas dentro da matéria da unidade e pluralidade crimes.

As situações em que o facto, em toda a sua extensão penalmente relevante, se encontra exhaustivamente incluído num tipo de crime enquadram-se no quadro da pura unidade ou crime simples⁷³. Isto implica que a estrutura accidental do caso concreto caiba na sua totalidade dentro dos limites da estrutura accidental do tipo, ou seja, no seu normal acontecer⁷⁴.

Quanto às outras duas modalidades, estas são reguladas pelo art.º 30.º do CP. O artigo prevê a integração das lacunas causadas pela indefinição quanto à regulação das situações que se desviem da categoria da pura unidade criminosa⁷⁵. O art.º 30.º prevê e regula o concurso de crimes, em que os delitos são independentes em todos os pressupostos e conteúdo e estão ligados apenas pelo agente. Este é punido pelo número de crimes efectivamente cometidos, nos termos do art.º 77.º do CP.

Distingue-se do concurso de crimes a realidade da conexão de crimes. A conexão de crimes reúne infracções unidas pelo conteúdo ou estrutura típica, em que se convocam vários tipos de crime, ou o mesmo múltiplas vezes, ainda que não preenchidos por inteiro⁷⁶. LOBO MOUTINHO defende que o crime não está preparado para prever todos os factos que preencham a sua estrutura essencial, mas só aqueles que possam ser abarcados pelos limites máximos da estrutura accidental do tipo⁷⁷. Quando o modo concreto de preparar, executar ou aproveitar um crime principal extravase os limites “*normais*” da estrutura accidental do crime,

⁷¹ *Ibidem*, pp. 242 e 243

⁷² *Ibidem*, p. 424

⁷³ Cf. LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 430

⁷⁴ *Ibidem*, p. 429 e ss.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 287

⁷⁶ *Ibidem*, p. 425

⁷⁷ *Ibidem*, p. 426

ou se está perante uma situação de conexão de crimes, ou esse excesso é julgado nos termos da ilicitude do tipo.

O autor integra na figura da conexão de crimes o crime continuado, o concurso ideal, nos moldes normativos de PUPPE⁷⁸, e o instituto da consumpção impura de EDUARDO CORREIA⁷⁹. Para esta realidade concursal, LOBO MOUTINHO propõe que se aplique o regime punitivo estabelecido no art.º 79.º do CP⁸⁰.

LOBO MOUTINHO realiza um estudo aprofundado sobre o alcance da norma no confronto consigo mesma, discutindo em que circunstâncias se está perante uma situação que extrapola os limites máximos da estrutura accidental da norma ou ainda se está dentro da unidade criminosa⁸¹. O autor defende que, para haver unidade criminosa, tem que haver persistência do facto no seu todo⁸², ou seja, a extensão concreta de cada elemento, cada aspecto ou momento do crime tem que ser alcançada pelos restantes elementos ou aspectos do crime.

No caso de a conduta se prolongar ou se multiplicar para além do mínimo essencial para a realização do tipo, à partida estar-se-á no campo da estrutura accidental do crime, que deve valorar para efeitos de determinação do grau de ilicitude do facto, excepto se a norma incriminadora colocar limites especiais à extensão ou duração da conduta. Só por si, a extensão para lá do mínimo essencial não se traduz em pluralidade criminosa, desde que se cumpra o critério da persistência do facto no seu todo⁸³.

Conclui-se então que as teses enunciadas não se desapegam de uma posição extremamente normativista. Do lado de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, o processo de selecção da norma não deixa de ser feito apenas no plano legislativo, não tendo em conta o contexto material do crime na determinação do conceito prévio de crime para a distinção entre unidade e pluralidade de crimes.

78 Como faz notar CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, 144, nota 225

79 LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 968

80 *Ibidem*, pp. 1163 e s.

81 *Ibidem*, pp. 476 e ss.

82 *Ibidem*, pp. 490 e ss.

83 *Ibidem*, pp. 494 e 520

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, numa crítica que acompanhamos, afirma que o autor, ao mesmo tempo que rejeita a concepção formalista tradicional, não consegue despegar-se de um critério que parta da norma, no caso, da(s) norma(s) seleccionada(s) para o caso. O autor fica condicionado às normas que selecciona e recorre à “*intuição judicial*” para a restante resolução do quesito. Para o autor, sem recorrer a qualquer critério material subjacente ao crime, basta verificar a invocação de dois tipos penais no caso concreto, ultrapassada a operação de selecção pré-subsumtiva, com dois bens jurídicos diferentes para a imputação das duas normas ao comportamento.

No caso do enquadramento da consumpção na categoria do concurso ideal, o raciocínio do autor é o seguinte: no caso há dois tipos, dois bens jurídicos protegidos, e portanto há dois crimes, a não ser que se coloque algum obstáculo à aplicação de algum dos crimes no processo de subsunção categorial-dogmática própria do direito penal. Para o autor, por exemplo, todos os casos concretos de crime de burla com falsificação de documento representam, por isso, dois crimes em concurso ideal, que afinal virá a ser tratada praticamente como um caso de unidade criminosa ao nível das consequências jurídicas⁸⁴. A resolução do caso da forma como o autor a coloca é afastada por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO. Afirma a autora que LUÍS DUARTE D'ALMEIDA parece esquecer que nem todas as hipóteses que realizam vários tipos legais apresentam igual conteúdo de ilícito, mas a ponderação do sentido de ilícito do comportamento, singular ou plural, fica vedada pela escolha da unidade ou pluralidade criminosa feita previamente à verificação da ilicitude, sendo a análise subsequente meramente formal⁸⁵. Não há, nos casos a que o autor remete para a pluralidade criminosa e que na verdade remetem para a unidade, violação do princípio da legalidade penal, na medida em que não há mais do que um ilícito-típico a seleccionar. Não será necessária a figura do concurso ideal no ordenamento jurídico português, e até acaba por conduzir, nos casos que remetem para a unidade de crime, a um “*exagero sancionatório*”⁸⁶. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO afirma que o autor tem razão quando considera que o caso selecciona a norma, no entanto, o autor assume que o caso convoca a norma como solução apta

84 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp.133 a 137

85 *Ibidem*, p.137

86 *Ibidem*, p.140

à subsunção formal e não como critério de valoração e de captação do seu peculiar desvalor, posição que CRISTINA LÍBANO MONTEIRO assume⁸⁷.

O mesmo apego ao formalismo é notório na tese de LOBO MOUTINHO. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO também critica esta a tese. Em primeiro lugar, critica-se a concepção de que a doutrina geral do facto está pensada para tratar do estabelecimento das condições mínimas essenciais para o aparecimento de um crime, sendo que a questão do número de crimes se resolverá já no âmbito das “*formas especiais de surgimento da infracção*”. LOBO MOUTINHO caracteriza o concurso como uma forma de crime que não se identifica com o conceito de crime da teoria geral da infracção.

Em segundo lugar, a autora critica a falta de uma ideia material de crime, com adequada valoração jurídico-penal em toda a tese do autor⁸⁸. O autor não resolve o problema do concurso de crimes apenas por enunciar a estrutura bipartida do tipo penal, pois não é a estrutura do tipo, só por si, que dota o intérprete de um critério de determinação do momento em que um caso concreto sai do domínio de regulação exaustiva de um tipo incriminador. É deixada ao arbítrio do julgador a determinação da extensão do tipo incriminador. Subjacente a toda a crítica da autora está a ausência de um princípio material, jurídico-penalmente fundado e alicerçado no conceito de crime, ao qual possam reconduzir-se as soluções que o autor apresenta.

INÊS FERREIRA LEITE critica também, à semelhança de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, alguns pontos dos novos movimentos em relação à doutrina concursal. A autora considera que as teses dos autores como PUPPE, LUÍS DUARTE D'ALMEIDA e LOBO MOUTINHO pecam fatalmente por recusarem uma ideia pré-jurídica de crime. A recusa de um conceito de unidade social da acção leva à falha na resolução de alguns casos, como na relação “*homicídio e dano*”, por exemplo.

Noutro ponto da crítica, INÊS FERREIRA LEITE considera inútil e desnecessário o estabelecimento do regime punitivo do número 2, do art.º 30.º CP para as figuras do “*concurso ideal*” defendidas pelos autores e entende que a falta de um conceito normativo social e a substituição desta figura pelas “*conexões*” entre crimes leva a decisões tão aleatórias e arbitrarias como aquelas que os autores criticam em relação à doutrina que centra o

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 137 e 138

⁸⁸ *Vide* os exemplos que a autora apresenta na sua crítica, pp. 149 e ss.

problema do concurso na acção. Veja-se que esta conexão pode até depender da simultaneidade do movimento corporal do agente⁸⁹.

4. Tese de Figueiredo Dias e a consideração pelo sentido social de ilícito

A posição de FIGUEIREDO DIAS parte da concepção de EDUARDO CORREIA, mas não a acompanha na totalidade, criticando o exacerbado positivismo da tese. No caso do concurso heterogéneo, FIGUEIREDO DIAS afirma que o critério do bem jurídico é insuficiente para a determinação do problema em estudo, não havendo razão para não considerar globalmente o tipo de ilícito. No caso do concurso homogéneo o autor dispensa o recurso à categoria da culpa na determinação do número de resoluções criminosas, uma vez que defende que o tipo de ilícito, ao abarcar o tipo objectivo e subjectivo, permite que a discussão da unidade ou pluralidade de crimes do comportamento global imputado ao agente se mantenha no plano da ilicitude⁹⁰.

FIGUEIREDO DIAS exclui a possibilidade de designar o conjunto das relações lógicas entre normas como “concurso”, considerando a denominação infeliz, e remete esta figura para a “*unidade de norma ou de lei*”⁹¹. Para o autor, a denominação do “concurso aparente, impróprio ou impuro” remete para as situações em que “*no comportamento global, se verifica uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros sentidos de ilícito concorrentes, mas assim, dominados, subordinados, dependentes ou acessórios*”⁹². A concorrência, neste caso, é um exercício teleológico de análise ao comportamento global e aos concretos sentidos de ilícito que se exprimem no caso concreto, em que só uma norma pode ser aplicável atendendo ao sentido de desvalor jurídico-social dominante⁹³. O autor estabelece uma diferença entre concurso efectivo de crimes, à qual se aplica o regime do art.º 77.º, concurso aparente de crimes, ao qual se aplica outro regime e unidade de norma ou de lei, que corresponderá à punição por um crime.

89 Vide, INÊS FERREIRA LEITE, vol. I, pp.1015 e ss.

90 FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 986

91 Cf. *ibidem*, p.992

92 *Ibidem*, p.1005

93 *Ibidem*, pp. 1005 e 1011 e ss.

O autor defende que o critério a ser tido em conta na contagem dos crimes a imputar à conduta do agente é, o *número de sentidos jurídico-sociais da ilicitude material do facto*, ou sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes presentes no comportamento global. Este critério inclui o tipo objectivo, que se compõe no agente, na conduta e no bem jurídico, e o tipo subjectivo de ilícito. Estes elementos devem ser todos tidos em conta, no sentido da sua consideração global, na valoração da questão concursal⁹⁴.

O problema do concurso segue, para o autor, dois passos de resolução. Parte-se da análise das relações lógico-formais entre as normas abstractamente aplicáveis ao caso, se o número de crimes ainda se mantiver plural entra-se no âmbito do concurso de crime e cabe recorrer ao critério material da multiplicidade de sentidos de desvalor jurídico sociais autónomos. Os casos de unidade de lei são questões prévias às de concurso que remetem para o raciocínio lógico-conceptual em que a norma escolhida esgota o conteúdo do ilícito e culpa do comportamento global⁹⁵.

Dentro dos tipos de crime concretamente aplicáveis, ou seja, dos tipos com legítimas pretensões punitivas, o autor divide as situações em duas constelações dogmáticas. O caso de concurso efectivo, próprio ou puro, em que os crimes em concurso detêm uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos típicos, e que são regulados pelo regime do 77.º CP, e o concurso aparente, impróprio ou impuro, em que os tipos legais efectivamente preenchidos pelo comportamento global são dominados por um único sentido autónomo de ilicitude, que leva à unidade de concretos sentidos de ilícitos-típicos e, portanto, à unidade criminosa⁹⁶. Este grupo é sujeito a um regime punitivo semelhante ao da unidade criminosa mas com um efeito de bloqueio, ou seja, a medida concreta da pena nunca poderá ficar abaixo do limite mínimo mais elevado dos tipos não dominantes. Aplicam-se também as medidas acessórias dos tipos não prevaletentes, como consta no art.º 77.º, número 4 CP.

FIGUEIREDO DIAS remete as situações de *conexão objectiva e/ou subjectiva* entre os sentidos de ilícito coexistentes no comportamento global⁹⁷ para uma figura intermédia, que

94 *Ibidem*, p. 987

95 *Vide, ibidem*, pp. 994 e ss.

96 *Ibidem*, p. 990

97 *Ibidem*, p. 1015, ainda que LUÍS DUARTE D'ALMEIDA classifique os casos como verdadeira unidade criminosa.

neste caso é o concurso aparente de crimes. Esta distinção parte da ideia, também já referida de que a figura da consumpção não implica tanto um raciocínio lógico mas axiológico e teleológico de relacionamento de sentidos e conteúdos do ilícito⁹⁸. Por se referir a tipos concretamente aplicáveis, a figura da consumpção constitui uma hipótese de concurso de crimes, ainda que com um regime especial face ao do 77.º do CP⁹⁹. A regulação dos casos visa obedecer ao mandado constitucional de esgotante apreciação da matéria ilícita¹⁰⁰.

Quanto aos critérios do concurso efectivo homogéneo, o autor reconhece que é merecido exactamente o mesmo tratamento que aos casos de concurso efectivo heterogéneo, dada a “*inquestionável identidade de valoração normativa a eles cabida*”¹⁰¹. A determinação da pluralidade de sentidos de ilícito de um comportamento global, no caso de tipos que protegem bens de carácter eminentemente pessoal, realiza-se pela pluralidade de vítimas, ou seja, pela pluralidade de resultados típicos. Aqui o autor inclui, não só todos os tipos de crime do título I da parte especial do CP como aqueles ilícitos complexos, dos quais o autor dá o exemplo do roubo, em que um dos bens jurídicos tutelados assume natureza eminentemente pessoal¹⁰². Este critério ganha relevo substancial na resolução de casos de negligência e omissão¹⁰³.

Quanto à quebra da cisão da unidade criminosa no concurso homogéneo, o autor defende a aplicação de critérios orientadores da unidade ou pluralidade de sentidos sociais de ilicitude do comportamento global, que identificam a autonomia entre tipos de ilícito¹⁰⁴. Estes critérios não são estanques, dependendo do caso em concreto. Daqueles que interessam ao nosso estudo, um dos critérios a apontar é o da unidade de sentido do comportamento ilícito global. Este critério baseia-se na unidade do sentido social assumido pelo comportamento do agente que, para atingir a finalidade que pretende alcançar, *e.g.*, homicídio, utiliza meios já

98 *Ibidem.*, p. 1002

99 Sobre esta categoria, *vide*, pp. 1011 e ss.

100 *Ibidem.*, pp. 989 e 990

101 *Ibidem.*, p. 1006

102 *Ibidem.*, pp. 1008 e s.

103 *Ibidem.*, pp. 1009 e ss.

104 *Ibidem.*, p. 1008

por si só puníveis¹⁰⁵. Também se deve analisar o designio criminoso do agente e a conexão espaço-temporal das realizações típicas¹⁰⁶.

Verifica-se que o autor apresenta uma tese menos formalista, pois conta o número de crimes de acordo com os sentidos da vida jurídico-penalmente relevantes do comportamento global. No entanto, ainda parte das relações entre normas para estabelecer a unidade do crime.

A tese não escapa a críticas. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO considera esta posição excessivamente retribucionista por aplicar um regime diferenciado da pura unidade a casos que a autora considera que são, efectivamente, de unidade criminosa e, por isso, em que é desnecessário o recurso a mais do que um tipo de crime. A autora considera que a tese do concurso aparente de FIGUEIREDO DIAS falha numa questão de cunho formal, por medir a gravidade do crime pelo índice do número de tipos legais preenchidos¹⁰⁷. De facto, o afastamento de uma norma não resulta da valoração material do sentido de ilícito do caso, sendo este critério apenas utilizado para retirar o caso do âmbito da regulação do concurso efectivo, remetendo-o sempre para um regime punitivo mais gravoso que o da unidade de lei, onde, após uma avaliação do sentido do ilícito, deveriam remeter¹⁰⁸. Ao assumir esta tese, o autor acaba por desfazar o ilícito do tipo¹⁰⁹. Tendemos a concordar com esta tese na medida em que não se vê razão para atribuir um carácter mais gravoso a uma conduta por formalmente preencher mais do que um tipo penal de crime por si só, sem olhar ao critério material logo desde o primeiro momento de raciocínio.

INÊS FERREIRA LEITE aproxima-se do pensamento de FIGUEIREDO DIAS, mas critica, naquilo que interessa ao objecto do nosso trabalho, a relevância dada à precedência da análise das categorias lógico-formais na determinação da unidade do comportamento.

5. Visão material do concurso de crimes

105 Vide os exemplos dado pelo autor em *op. cit.*, p.1017

106 No sentido em que “*um claro desfasamento contextual*” indicará a pluralidade autónoma de sentidos do ilícito total. Cf., *ibidem*, pp. 1020 e s.

107 *Ibidem*, pp.165 e ss.

108 *Ibidem*, p. 168

109 *Ibidem*, p.175

As teses que enunciarmos como pertencentes a este bloco têm como ponto comum as considerações de que a acção humana e a norma não são unidades estanques, partilhando um canal de comunicação entre si que deve ter influência na escolha do critério de contagem dos crimes. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO defende que o ilícito-típico, critério-chave na determinação do número de crimes, é concebido como a “*exteriorização de uma intencionalidade de sentido anticriminal*” não podendo, por isso, “*desligar-se de um corpo, e.g., de um concreto agir humano*”¹¹⁰. INÊS FERREIRA LEITE, por sua parte, defende que “*o legislador não tem- nem poderia ter- um domínio absoluto sobre a delimitação da unicidade do facto jurídico. O facto criminoso é jurídico mas faz também parte da realidade natural e social. E é, também, por isso, ontológico*”¹¹¹.

Por outro lado, as teses também partilham a ideia de que o critério da determinação do número de crimes, ainda que diferente, passa por um certo conceito de que os tipos de ilícito/factos normativo-sociais são “*esponjosos*” na medida em que os conceitos presentes nos tipos não albergam somente o sentido puro da definição essencial, e.g., o conceito de homicídio não se define apenas pela acção de provocar a morte, mas engloba as “*impurezas e aderências*” do acto real de realizar o crime. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO fala da “*ganga - variável de acordo com o 'processo causal' em cada caso escolhido - que se mostre inerente a essa actuação*”¹¹². Em sentido aproximado, INÊS FERREIRA LEITE defende que o critério da delimitação do número de crimes deve passar, ainda que não exclusivamente, pela análise do tipo social que representa o “*padrão de comportamento normativo-social inverso*”¹¹³, ou seja, passa pelo padrão socialmente comum de negação de vigência da norma, sobre o qual o tipo incriminador foi construído e através do qual o tipo penal deve ser interpretado. O comportamento do agente deve ser ponderado de acordo com o “*contexto de normalidade social paralelo*”, uma comparação *sui generis* entre o comportamento levado a cabo por um agente ideal, num necessário padrão de normalidade, abstraído-se o intérprete da natureza criminosa do facto, para depois submetê-lo a critérios de normalidade social.

110 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p. 212

111 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p.932

112 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 288 e ss.

113 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p.944

De referir que nem uma, nem outra tese aludem a um critério de normalidade estatisticamente comprovada, mas referem-se a uma “*normalidade*” em que o sentido do tipo abarca o sentido de ilícito/ sentido social do comportamento concretamente analisado¹¹⁴.

Por fim, as duas teses dispensam a relevância entre as relações lógicas entre normas. A afirmação de que as puras relações lógicas não podem ser critérios por si são comuns às duas teses. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO afirma que “*as relações entre normas que resolvem o problema são as mesmas que o revelam*”¹¹⁵, INÊS FERREIRA LEITE defende que os princípios inerentes às relações lógicas “*nunca nos podem revelar é o mais importante: quando é que o uso do mesmo se torna necessário*”¹¹⁶. Enquanto que CRISTINA LÍBANO MONTEIRO recusa por completo a figura¹¹⁷, INÊS FERREIRA LEITE remete a relação entre tipos em concurso de normas para uma função meramente acessória. A relação não deve ser meramente lógica, devendo assumir uma vertente axiológica, sob pena de impossibilidade de escolha de uma solução válida e aleatoriedade de resultados. Os critérios pressupõem um juízo prévio de unicidade do facto coincidente com o juízo de proibição de dupla valoração¹¹⁸.

A tese de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO inicia-se com a análise e rejeição da figura do concurso ideal, tanto na sua vertente focada na acção naturalística, com base num conceito de acção, como na versão normativa, firmado na conexão de crimes. A autora considera que uma mera circunstância fáctica ou um puro juízo social não devem justificar uma mudança de valoração jurídico penal com legitimidade¹¹⁹. A autora defende que muitas das situações que ficam sobre a alçada da figura do “*concurso ideal*” ou “*concurso aparente*” são figuras que, segundo o critério da autora, remetem para a unidade criminosa. O concurso ideal parece servir um direito penal retribucionista e esquecido das suas peculiares categorias de valoração: a dignidade penal e, sobretudo, a necessidade de tutela penal¹²⁰.

114 *vide*, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p.291 e s.

115 *Ibidem*, p. 303

116 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 819

117 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 215 e ss. e 303

118 INÊS FERREIRA LEITE, *op.cit.*, pp. 330 e s.

119 *Ibidem*, p. 176

120 *Ibidem*, p.178

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO defende que a abordagem à questão em estudo não pode deixar de ter em conta os critérios do direito penal para a descoberta do número de crimes. A autora defende que a resolução do concurso de crimes passa pela utilização dos instrumentos da “rotina” da dogmática penal, nomeadamente, pela análise dos conteúdos de ilícito convocados pela conduta, e não na culpa¹²¹.

A concepção formalista do tipo de crime como tipo abstracto, baseada em juízos lógico-dedutivos entre normas penais traduz-se num “*conceito de ilícito desviado do real acontecer e da intencionalidade que anima*” este conceito afasta-se do “*sentido jurídico penal do comportamento a julgar*”¹²². Um conteúdo de ilícito puramente objectivo não tem em conta o sistema dogmático e valorativo próprio do direito penal e a consequente significação penal do tipo.

As críticas apresentadas pela autora e já passadas em vista, revelam já o sentido da sua orientação. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO considera que o problema concursal se resolve no campo da ilicitude, sendo melhor designado como “*concurso de ilícitos*” em vez de concurso de crimes. Isto porque a resolução do concurso se encontra na identificação do facto ilícito, embora atinja a sua perfeição derradeira só mais tarde, depois de verificada a ausência de circunstâncias excludentes da culpa ou de condições de punibilidade¹²³. A destriça entre unidade e pluralidade de crimes radica nos concretos juízos de ilicitude pessoal, sendo que o concurso de ilícitos busca determinar o sentido de antinormatividade do comportamento.

O concurso tem que partir sempre do modo como o direito penal desvalora um concreto comportamento e não reside na relação entre as normas em si mesmas consideradas. A autora critica firmemente a visão através da qual um comportamento é mais desvalioso pela simples razão de ser subsumível a mais do que uma norma penal, pelo resultado que apresente. Utilizando um exemplo, a autora não vê razão para se considerar que a conduta do agente que com um tiro mata uma pessoa, produzindo também um dano no fato que a vítima usava naquele dia, seja mais desvaliosa em relação ao agente que com um tiro mata uma pessoa, não produzindo dano algum na roupa da vítima, na sequência de esta se encontrar de

¹²¹ *Ibidem*, p. 133 e p.183

¹²² *Ibidem*, p.283

¹²³ *Ibidem*, p.186

fato de banho¹²⁴. A consideração de um superior desvalor da actuação meramente pelo facto do comportamento em abstracto preencher mais do que uma norma penal não deve colher¹²⁵. A antinormatividade criminal não envolve apenas um desvalor do resultado, na lesão ou perigo para o bem jurídico, mas está intrinsecamente associado ao desvalor da acção, o que torna o ilícito criminal um ilícito pessoal-objectivo. A questão concursal situa-se na problemática do facto ilícito penal e não da norma penal.

O ilícito criminal define-se como “*um juízo provisório de culpa sobre o agente individual, enquanto presumível detentor das capacidades do homem médio*”¹²⁶. O homem médio, desempenha no direito penal um duplo papel de exigibilidade penal e de bitola pela qual se medem as exigências gerais das suas normas. O ilícito pessoal é entendido como juízo de culpa sobre o homem médio, que será a unidade subjectivo-objectiva de desvalor criminal, apreciada à luz das normas pertinentes, que delimitam os sentidos de antinormatividade material que cada caso encerra. Busca-se o significado do sentido de ilícito da conduta e procura-se verificar se esse significado se encontra intrinsecamente ligado ao tipo de ilícito preponderante. A diferenciação entre o uno e o múltiplo em direito penal apenas se poderá fazer recorrendo a juízos concretos de ilicitude pessoal. Apelando aos princípios da dignidade penal e necessidade da pena, na base do respeito intransigente pelo princípio da legalidade e no pressuposto da inseparabilidade do ilícito e do tipo.

Em caso de dúvida, o raciocínio reside no seguinte: convoca-se a norma que melhor atingir o valor predominante da conduta, e a propósito desse tipo deverá então o intérprete interrogar-se qual é o alcance da proibição no caso concreto. Se o acto correspondente ao tipo preterido fizer parte, tendo em conta a conduta, do conteúdo intrínseco do acto predominante, basta a aplicação dessa norma para se afirmar a intolerabilidade desse facto. As normas penais, sendo normas que regulam actuações humanas, não podem proibir apenas uma característica do comportamento humano como se o comportamento tivesse só uma característica. Não pode fazê-lo porque o impede a própria realidade traduzida na experiência existencial, própria e alheia do actuar humano, entrelaçado de factores subjectivos e objectivos que lhe conferem um cunho particular. Torna-se desnecessária qualquer protecção

¹²⁴ *Ibidem*, p.294

¹²⁵ *Ibidem*, p. 289

¹²⁶ *Ibidem*, p. 194

adicional que diferentes tipos de ilícito pudessem oferecer porquanto já estão abrangidos pela conduta predominante¹²⁷.

Nesta perspectiva, é afastada a norma preterida e não se aplica o efeito de bloqueio do mínimo mais alto das molduras penais das normas penais previstas tão-só no preceito não utilizado, sob pena de violação do princípio da legalidade penal¹²⁸.

Partindo do esforço de densificação do conteúdo operativo da proibição constitucional do princípio do *ne bis in idem* – e procurando quebrar mitos que envolvem este princípio¹²⁹ - INÊS FERREIRA LEITE aprofunda, conseqüentemente, um dos problemas directamente relacionados e com mais relevo, de acordo com a maior parte da doutrina¹³⁰, com o *ne bis in idem*, principalmente na sua vertente de proibição da dupla valoração: o da unidade e pluralidade de crimes.

A autora adopta uma concepção ampla de *ne bis in idem*, o que significa que defende que a proibição constitucional se estende a várias manifestações da cumulação punitiva, processual e material, proibindo-se não só o duplo julgamento como a dupla punição, quando estão em causa o exercício do poder punitivo público e a incidência sobre o mesmo facto, em sentido jurídico. Acompanha esta afirmação a maior parte da doutrina. No entanto, a autora critica o formalismo atribuído ao concurso de normas, pela falta de densificação do princípio do *ne bis in idem*, ou de esforço de compatibilização das duas vertentes do princípio, o que resulta na carência de compreensão ampla e racional da proibição constitucional¹³¹ e da sua

127 *Ibidem*, p. 293. *vide*, nomeadamente, os exemplos das páginas 290, 291, 293 e s., 295 e s. e 299

128 *Ibidem*, p. 235

129 *Idem*, vol. I, pp. 25 a 30

130 Defendendo que o *ne bis in idem* se encontra directamente ligado aos concursos de normas e de crimes, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal...*, cit., p.164; TERESA BELEZA, *Direito Penal...*, p. 698 e ss., nota 367; EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em direito criminal...*, cit., pp. 154, 207, entre outras e *Direito Criminal...*, cit., p.344 ; JOÃO DA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 147; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p.978; GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, p. 305. INÊS FERREIRA LEITE critica, ainda assim, a concepção de concurso de normas que é atribuída pela maior parte desta doutrina, na medida em que para estes autores, o concurso de normas não passa de um “*instrumento de determinação das relações lógicas entre normas penais*”, sendo o concurso analisado numa perspectiva formalista. *vide*, *op. cit.*, vol. I, p.193. Rejeitando a utilidade do *ne bis in idem* para a resolução de problemas de concurso de crimes, *cf.* LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp. 277, 655 e ss e 707 e ss. Contra esta tese, defendendo a integração do *ne bis in idem* nos institutos do concurso de crimes e de normas, *cf.* INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 192 e ss e *passim*.

131 *Cf.* INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 783

relação com o estudo da unidade e pluralidade de crimes e à incoerência externa das decisões jurisprudenciais que envolvem o *ne bis in idem* como critério de decisão¹³².

INÊS FERREIRA LEITE defende uma concepção de *ne bis in idem* como princípio alicerçado numa racionalidade própria¹³³, com fundamento histórico e moral, decorrente da necessidade de legitimação do poder punitivo público¹³⁴; com natureza garantística, que “concretiza uma antecipação da tutela constitucional” de outros princípios como a culpa, a legalidade, a proporcionalidade, a segurança jurídica ou a liberdade¹³⁵. É também uma regra jurídica que consagra um direito fundamental, com uma dimensão objectiva de se impor ao legislador e uma dimensão subjectiva de conferir aos sujeitos a faculdade de reacção contra a violação a esse direito¹³⁶.

A autora rejeita que o princípio do *ne bis in idem* esteja directamente associado ao princípio da legalidade e ao mandado de esgotante apreciação do ilícito, como defendem FIGUEIREDO DIAS ou LOBO MOUTINHO¹³⁷. Aliás, a autora defende que o princípio do *ne bis in idem* não engloba o mandado de esgotante apreciação do ilícito, na medida em que o princípio entraria em conflito consigo mesmo, dado que são imposições que vão em sentido contrário. Numa perspectiva de direito material, enquanto que do princípio do *ne bis in idem* resulta um constrangimento na valoração de vários tipos incriminadores sobre o mesmo facto, o princípio do mandado de esgotante apreciação do ilícito impõe a aplicação de todos os tipos de ilícito aplicáveis ao caso, sendo necessário que o legislador ordinário pondere o conflito¹³⁸.

Quanto às funções do princípio, são atribuídas as funções de redutor da complexidade na escolha da norma, quer como padrão valorativo, orientador do legislador¹³⁹, ou critério de

132 Vide, e.g., INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 752 e ss., em que a autora reitera que as decisões jurisprudenciais apenas alcançam um patamar meramente formal de coerência interna.

133 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 274

134 *Ibidem*, pp. 259 a 274

135 *Ibidem*, p. 276

136 *Ibidem*, pp. 275 e ss.

137 FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 990, 1021 e 1036 e LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 278

138 Acerca desta querela vide INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 289 e s. e FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 990, 1021 e 1036

139 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 494 a 752

decisão¹⁴⁰ face à complexidade do Direito Penal¹⁴¹. O *ne bis in idem* tem, dentro da sua função de critério conformador da actividade do legislador ordinário, não só o papel de proibir expressamente que a lei preveja uma duplicação de punição ou julgamento do mesmo crime, mas que “*procure evitar uma tal duplicação, através de uma rigorosa delimitação dos tipos e de uma cuidada técnica legislativa*”¹⁴². Também se impõe ao legislador que “*adopte mecanismos normativos destinados a evitar que ocorram situações de dupla punição ou duplo julgamento*”¹⁴³, como normas reguladoras de situações de concurso, de reincidência ou caso julgado .

O conceito da proibição que é defendido é o de *ne idem bis in idem*, ou seja, “*o que é proibido é que ao mesmo facto jurídico (o segundo idem) se aplique mais do que uma sanção punitiva, isto é, que corresponda mais do que um julgamento punitivo (bis), quando subjacente às sanções ou aos julgamentos esteja a tutela do mesmo interesse jurídico ou a mesma função de defesa social (o primeiro idem)*”¹⁴⁴. A concepção ampla do *ne bis in idem* defendida pela autora, abrange todas as sanções punitivas, independentemente da sua natureza¹⁴⁵. O princípio que conduz à racionalidade do poder punitivo público, exclui a redundância¹⁴⁶. Não exclui qualquer cumulação de sanção ou de processos, numa proibição genérica e absoluta, mas proíbe a repetição injustificada de punição, exercida nos mesmos termos, com os mesmos fundamentos, sobre o mesmo facto jurídico e contra a mesma pessoa.

A racionalidade de que depende o afastamento da proibição depende a comprovação de alguns factores que a autora enuncia: “*a pluralidade de factos, diversidade dos interesses jurídico-sociais tutelados, diversidade funcional da sanção*”. São estes critérios, e a busca por uma construção dogmática transversal do conceito crime que permita que estes se apliquem de

140 *Ibidem*, vol. I, pp. 752 a 789

141 *Vide, ibidem*, vol. I, pp. 294 e ss.

142 *Ibidem*, vol. I, p.511

143 *Ibidem*, vol. I, pp. 494 e 495

144 *Ibidem*, vol. I, p. 786

145 *Ibidem*, vol. I, pp. 779 e 780

146 *Ibidem*, vol. I, pp.782 e 784

modo geral e relativamente uniforme a todas as esferas de aplicação, incluindo no concurso de crimes que a tese em estudo visa alcançar.

Torna-se imperativo para a autora a análise profunda dos critérios que emanam da proibição do *ne bis in idem*, nomeadamente, e para o que neste trabalho tem uma importância fulcral, o conceito de “*crime como base de imputação de consequências jurídico penais*”¹⁴⁷. Carece de densificação e identificação do sentido constitucional a expressão “*mesmo crime*”, previsto no art.º 29.º, número 5 da CRP, que se deve identificar, ou pelo menos sobrepor ao conceito de crime do art.º 30.º, dado que a Constituição possui força impositiva sobre a lei ordinária.

INÊS FERREIRA LEITE começa por defender que, quanto ao conceito de “*mesmo crime*” consagrado na norma constitucional, não está em causa uma “*proibição de dupla valoração da mesma realidade naturalística*”¹⁴⁸. Nem o conceito assenta num modelo rígido, normativista e, aparentemente, somente em critérios lógicos que se consubstanciam num “*absoluto e desolador formalismo*”¹⁴⁹. Utilizamos as palavras da autora: “*Se critérios exclusivamente normativos conduzem a resultados desadequados e injustos, os critérios natural-objectivos são cegos à valoração do caso, logo arbitrários*”¹⁵⁰

O princípio do *ne bis in idem*, só por si, não é fonte de critérios de unidade e pluralidade de infracções, mas é a racionalidade que caracteriza o princípio que delimita a actuação do poder punitivo público. Uma das vertentes deste princípio é a proibição de dupla punição em matéria penal, o que deve exercer a primacial influência na separação entre unidade e pluralidade de infracções, dado que a proibição se traduz numa proibição de duplicação do juízo de censura jurídico-penal. É a verificação da ausência de necessidade de aplicação da proibição constitucional que permite “*desbloquear*” a possibilidade de concurso efectivo de crimes. A distinção entre unidade e pluralidade de infracções deve residir no princípio do *ne bis in idem*, como “*um mecanismo de controlo da decisão legislativa e judicial, a partir da qual passa a ser possível realizar juízos de inconstitucionalidade*”¹⁵¹.

147 *Ibidem*, vol. I, pp. 36 e 37, p. 296, pp. 511 e ss.

148 *Ibidem*, vol. I, p. 512

149 *Ibidem*, vol I, pp. 855 e 857

150 *Ibidem*, vol. I, p.142, vide os exemplos dados pela autora que sustentam esta afirmação, pp. 141 e s.

151 *Ibidem*, vol. I, p.859

Função que só se consegue alcançar com um conceito de crime mais alargado que os criticados pela autora. A autora defende que a medida em que se densifica o princípio do *ne bis in idem* no âmbito do concurso de infracções reside na identidade normativo-social dos factos que constituem cada tipo incriminador. O preenchimento de cada tipo incriminador deve assentar num desvalor autónomo, sobre o qual possa ser realizado um juízo de censura autónomo¹⁵². O regime do concurso efectivo depende, de acordo com a proibição de dupla valoração, de um juízo de censura jurídico-penal autónomo, através da independência dos elementos que compõe a estrutura essencial do crime e da não verificação de unidade normativo-social do facto. O que não quer dizer que se aplique o regime do concurso efectivo, por força de opções legislativas diversas mas, nesses casos, não é pelo princípio do *ne bis in idem* que o concurso efectivo inquina.

A identidade normativo-social, para efeitos de *ne bis in idem* resulta do tipo social de crime e da redução da unicidade do facto jurídico à sua unidade normativo-social. Este conceito é o reduto que permite distinguir a unidade da pluralidade de infracções¹⁵³, sendo que nem sempre o facto socialmente unitário corresponde à unidade mínima, devendo juntar-se aos elementos da unidade mínima aqueles que correspondem ao tipo social por forma a criar uma união social de sentido juridicamente valorada¹⁵⁴. A autonomia dos tipos incriminadores reside, num primeiro momento, na autonomia dos elementos essenciais da redução mínima do facto, sendo que estes não podem ser duplamente valorados. Num segundo momento, a estes elementos são adicionados os elementos decorrentes do tipo social, que está associado ao tipo incriminador¹⁵⁵.

Esta visão colide directamente com a ideia de concurso ideal, na medida em que o facto jurídico que der origem a uma pluralidade de valorações normativas, se estas não poderem ser autonomamente valoradas, “*compartilhando*” elementos essenciais do crime entre si, constituem a mesma identidade normativo-social e geram uma situação que vai contra a proibição de dupla valoração¹⁵⁶.

152 *Ibidem*, vol. I, p.861

153 *Ibidem*, vol. I, p.992

154 *Ibidem*, vol. I, p.1009

155 *Ibidem*, vol. II, p.243

156 Para um desenvolvimento mais aprofundado, *vide, ibidem*, vol. II, pp.247 e ss.

O conceito de facto adoptado por INÊS FERREIRA LEITE é um conceito normativo-social. O facto, na sua unicidade, corresponde a uma união normativo-social de sentido construída a partir de critérios fácticos, sociais e normativos. Os critérios a que a autora se refere serão o foco aglutinador no tipo social de crime.

Para INÊS FERREIRA LEITE, o facto jurídico deixa de ser um fenómeno ou puramente naturalístico ou puramente jurídico. Na verdade, entre o facto e a norma existem elementos comuns, comunicáveis, aos quais corresponde o sentido social de identificação¹⁵⁷. O legislador está vinculado à linguagem, nomeadamente, às valorações sociais das estruturas ontológicas, nomeadamente aqueles conceitos conotativos¹⁵⁸ e encontra-se subordinado “às percepções sociais sobre o agir humano e sobre os valores negativos e positivos dos comportamentos sociais e, ainda, aos próprios modos de agir criminosos”¹⁵⁹.

Tendo em conta a intersecção dos planos ontológicos e jurídicos, a autora explica o tipo social como a “base de inspiração do legislador na conformação dos tipos penais”¹⁶⁰. O tipo social transcende o sistema normativo e tem em conta a referência a uma realidade exterior. É o fenómeno de condensação de sentidos jurídicos e sociais e existe de forma independente em relação ao tipo legal de crime. O tipo social é, como já vimos, o “padrão de comportamento normativo-social inverso”¹⁶¹. Em oposição ao tipo penal, o tipo social é a expressão da violação da norma e corresponde ao padrão de comportamento socialmente comum de negação da vigência da norma. O tipo social permite adquirir aquilo a que a autora chama “visão desfocada do crime”, sendo possível realizar uma apreciação global final da existência do crime e da punibilidade do agente.

A unicidade do facto é construída a partir do tipo legal com o auxílio de valorações sociais. Procura-se determinar a *ratio* da incriminação e a interpretação face ao tipo social que

157 A autora rejeita, assim as teorias comunicativas do Direito, considerando que o sentido locutório não pode ser o eixo central da dogmática penal. *op. cit.*, vol. I, p. 931

158 *Ibidem*, vol. I, p.936

159 *Ibidem*, vol. I, p.938

160 *Ibidem*, vol. I, p.942

161 *Ibidem*, vol. I, p.944

a conduta faz prevalecer, recorrendo às valorações sociais para a delimitação da unicidade do facto e ao valor conformador do *ne bis in idem*¹⁶².

A autora traduz a relevância da união de sentido, ou do sentido social do facto em critérios operativos. Estes critérios são a inevitabilidade ontológica e a normalidade social, determinados através de um juízo do “*contexto de normalidade social paralelo*”. Este juízo, como analisado anteriormente, compara a conduta do caso concreto e uma mesma conduta, levada a cabo por um agente ideal, num cenário de normalidade¹⁶³.

Para INÊS FERREIRA LEITE, a conduta que corresponde a um sentido social unitário decorre de vários factores: reiteração enquanto fenómeno social, a teleologia comportamental a identidade narrativa, a assimilação pela linguagem ou correspondente compreensibilidade no plano jurídico. Estes critérios não têm que ser cumulativos mas têm que se articular entre si, por forma a concluir com certeza sobre a unicidade do crime¹⁶⁴. Na interpretação da unidade normativo-social do facto, os vários elementos do crime devem ser tidos em conta mas “*não como isoladamente determinantes*”. A unicidade depende da consideração do contexto e da ponderação dos diversos pontos de valoração no respeito pelo tipo social na sua relação com o tipo legal¹⁶⁵.

Para INÊS FERREIRA LEITE os concursos de normas e de crimes são “*um mecanismo de determinação da medida da pena, em caso de convergência normativa, tendo por função garantir o respeito pela proibição de dupla valoração e a obtenção de uma adequada e justa punição do caso concreto*”.¹⁶⁶ São autónomos face à questão da unicidade do facto, apesar de intrinsecamente ligadas, a autora até lhes chama “*concomitantes*”¹⁶⁷. INÊS FERREIRA LEITE defende que o regime do concurso de crimes do ordenamento jurídico

162 *Ibidem*, vol. I, p.956

163 *Ibidem*, vol. I, pp.957 e s.

164 *Ibidem*, vol. I, pp.960 e ss.

165 *Ibidem*, vol. I, p. 964 e s. e 998 e ss.

166 *Ibidem*, vol. I, p.994

167 *Ibidem*, vol. I, p.999 e p. 1001

português não oferece solução sobre o problema da unidade ou pluralidade de crimes, sendo que o termo “*efectivamente*” se refere ao juízo inerente ao concurso de normas.¹⁶⁸

O conceito de facto normativo-social implica que tipo social não prevaleça sobre o tipo legal e não se segue a interpretação de que o tipo social é que dita a existência ou não do crime. A ponderação da unidade ou pluralidade é sempre o resultado de um balanço entre critérios sociais e normativos¹⁶⁹. A unicidade do facto é delimitada pela realidade fáctica, pela valoração social inerente aos tipos de crime e pelas próprias opções do legislador na configuração dos tipos de crime¹⁷⁰. Um exemplo da diferença dogmática entre conceito de mesmo crime dentro do contexto conformador do *ne bis in idem* e a matéria de concurso dos tipos incriminadores é precisamente o tipo da violência doméstica¹⁷¹. Neste tipo, *grosso modo*, uma pluralidade de crimes exige a aplicação de um só tipo incriminador. O factor determinante para a vertente da proibição de dupla valoração é a identidade normativo-social do facto, como referido anteriormente.

Para haver pluralidade de crimes deve ser possível retirar do comportamento do agente uma pluralidade de desvalores autónomos sobre os quais sejam realizados juízos de censura também autónomos. Interessa, então saber em que é que consiste a unidade normativo-social do facto e quais os elementos mínimos de determinação dos juízos autónomos.¹⁷²

A redução mínima do conceito de crime tem que conter todos os seus elementos fundamentais, sendo eles o desvalor da acção, desvalor do resultado e relação de atribuição¹⁷³. O intérprete deve partir destes elementos para identificar a unidade mínima do facto. Este conceito é fulcral para a ponderação do cumprimento do *ne bis in idem*, o que não retira a possibilidade de se juntarem a estes elementos outros que formem uma união social de sentido, juridicamente valorada, da qual se retira a unidade pelos critérios apontados anteriormente. A autora defende que a unidade social de sentido parte dos vários elementos

168 *Ibidem*, vol. II, p. 261

169 *Ibidem*, vol. I, p.998

170 *Ibidem*, vol. I, p.999 e pp. 1026 e ss.

171 *Ibidem*, vol. II, p.261

172 *Ibidem*, vol. I, pp.861 e s.

173 *Ibidem*, vol. I, pp. 999 e ss. e 1006

do crime, sendo todos relevantes mas não isoladamente determinantes¹⁷⁴. A busca pela união social de sentido depende da análise do contexto e da ponderação das diversas valorações em causa.

Quanto aos casos de concurso homogêneo, a autora defende que a cisão da unidade não passa pela análise de um só critério do crime, devendo manter-se o recurso ao tipo social¹⁷⁵ para a verificação de uma união social de sentido que pode passar pela identificação dos critérios da identidade do agente, identidade da vítima, proximidade espaço-temporal, homogeneidade da motivação e execução, identidade do desvalor do ilícito e do sentido social da conduta, unidade da imagem global do facto. Isto sem descurar a análise da correspondência entre a unidade normativo-social e o tipo incriminador¹⁷⁶.

A unidade criminosa pode cindir-se pela imposição de certos factores que determinam a pluralidade dos factos, impossibilitando o juízo pela unidade criminosa. Estes critérios assentam essencialmente no contrário dos critérios de unicidade analisados. Podem eles ser: pluralidade de vítimas, ainda que o contexto deva ser analisado¹⁷⁷, uma significativa modificação da forma de execução ou finalidade de execução, uma elevada desconexão temporal entre condutas e a intervenção perturbadora do poder punitivo¹⁷⁸.

A progressiva evolução da dogmática do problema do concurso de crimes deve ter influência directa na determinação do número de crimes e da relação dos tipos incriminadores no caso concreto da violência doméstica.

II. Aspectos materiais do crime- Interpretação do artigo 152.º do CP à luz da Convenção de Istambul

1. Violência Doméstica como Fenómeno Social e Legislativo

1.1. O despertar da consciência

174 *Ibidem*, vol. I, p. 964

175 *Ibidem*, vol. II, p. 118 e 123

176 *Ibidem*, vol. II, p. 120

177 *Vide, ibidem*, vol II, p. 124

178 *Ibidem*, vol. II, pp.162 e ss.

Desde a Antiguidade Clássica que há registo da anuência das sociedades e respectivas leis, relativamente ao domínio do homem em relação à sua mulher e aos seus filhos, conferindo-lhe a legitimidade de exercer violência sobre estes, como forma de os educar ou corrigir ¹⁷⁹.

Especificamente quanto à legislação portuguesa, as Ordenações Filipinas que vigoraram desde o século XVII até ao século XIX ¹⁸⁰ previam o “*poder marital*”, do qual fazia parte o “*direito de correcção*” do marido para com a mulher e filhos, o que lhe conferia a legitimidade para sobre estes, exercer violência ¹⁸¹. Até à entrada em vigor da CRP de 1976 e, mais claramente, do CP de 1982, o crime de homicídio da esposa tinha como atenuante a situação de o marido a ter encontrado em flagrante adultério, sendo também permitido ao marido violar a correspondência da sua mulher. Quanto aos pressupostos do crime de violação, o tipo só se encontrava preenchido no caso da inexistência de casamento entre o agente e a vítima ¹⁸².

Nas sociedades ocidentais, nas décadas de 60 e 70 do século XX, começaram a surgir os movimentos feministas que despertaram a consciência social e política, o que se refletiu em mudanças legislativas no sentido da condenação social e criminalização destes comportamentos. Paralelamente, começaram a surgir estudos sociais e científicos que deram origem a publicações ¹⁸³ de teorias explicativas da violência doméstica e que demonstraram os efeitos dos maus tratos na personalidade, expressão da vontade e saúde das vítimas, que começaram a ser utilizados na prática judicial, principalmente nos Estados Unidos da América. O aparecimento destas teorias, apesar de actualmente ultrapassadas, não só forçou a criação de políticas legislativas e sociais de combate ao fenómeno, como teve um papel muito importante no tratamento das vítimas e agressores ¹⁸⁴.

1.2. A evolução do preceito penal até à actualidade. Convenção de Istambul como derradeiro promotor maior censurabilidade da violência doméstica

179 Cf. ISABEL DIAS, *Violência Doméstica e justiça: respostas e desafios*, Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010, pp.250 a 252 para um estudo aprofundado do assunto

180 Cf. JOEL SERRÃO, *Dicionário de História de Portugal*, Porto: Iniciativas Editoriais, 1979, vol. IV, pp. 445

181 Ordenações Filipinas, Livro V e título XXXVI; TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, cit., p. 286 e MOREIRA DAS NEVES, *op. cit.*, p. 1

182 Cf. TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, cit. p. 286

183 Vejam-se os estudos indicados por ISABEL DIAS, *op. cit.*, pp.253 a 257 para aprofundamento do tema.

184 *Ibidem*, p. 260

Toda a história do crime da violência doméstica, tanto ao nível das instâncias nacionais como internacionais, espelha a morosa evolução da consciência social para a gravidade destes comportamentos¹⁸⁵.

MARIA FERNANDA PALMA defende que o alargamento do âmbito da violência doméstica e a sua criminalização autónoma acentua a protecção das vítimas de violência doméstica, justificando-se na medida em que a intervenção penal contraria a tradição e o conformismo que conduziam a uma negação dramática da autonomia pessoal, estendendo ou aprofundando a intervenção penal à luz da protecção dos direitos fundamentais e dos valores constitucionais e assume, assim, uma “*função preventiva e promocional dos direitos*”¹⁸⁶. A progressiva intervenção social e penal sobre esta realidade, limita o espaço de decisão do agente e põe termo à cumplicidade da sociedade com a violência no âmbito da vida privada¹⁸⁷.

Pela primeira vez, no Projecto do CP de 1966 da autoria de Eduardo Correia, foi proposta a autonomização do crime de maus tratos. Este projecto não abrangia as relações conjugais e pressupunha os requisitos de “*malvadez ou egoísmo*” para todas as situações de violência. Para EDUARDO CORREIA este artigo só teria como desígnio a tutela dos “*casos mais chocantes de maus tratos a crianças e de sobrecarga de menores e subordinados*”¹⁸⁸. No CP de 1982 o texto do art.º 153.º, com a epígrafe “*Maus tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge*”, acabou por não coincidir com o do projecto, correspondendo antes, às novas exigências constitucionais de igualdade e respeito pela dignidade humana que entraram em vigor com a nova Constituição de 1976. Relativamente à proposta, o preceito penal previa um leque mais alargado de sujeitos passivos, passando a incluir-se as relações conjugais e a aplicação de sanções mais graves, no caso de sobrecarga na relação laboral¹⁸⁹. No entanto, muito trabalho ainda estaria e está ainda por fazer, na tutela do bem jurídico da violência doméstica.

A primeira versão do art.º 153.º do CP mereceu fortes críticas doutrinárias. A interpretação jurisprudencial considerava o preceito como um crime específico de ofensas

185 Vide TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Direção J. Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012- comentário ao art.º 152.º, §3 da nótula antes do art. 152.º

186 *Ibidem*, p.11

187 Cf. *Ibidem*, pp. 11 e 12

188 Cf. PAULO PINTO D'ALBUQUERQUE, *op. cit.*, nota prévia ao art.º 152.º, ponto 1

189 Cf. CATARINA FERNANDES, *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual multidisciplinar*, LÚCIA GAGO e PAULO GUERRA (coord.), Centro de Estudos Judiciários, 2016, p.82

corporais¹⁹⁰, tendo por isso um carácter semipúblico, a menos que estivessem verificados os elementos do tipo subjectivo “*malvadez e egoísmo*”, expressamente previstos no número 1 do art.º 153.º relativo aos maus tratos a menores dependentes. Esta interpretação, na opinião de TERESA BELEZA, inutilizou o preceito, tendo em conta as especificidades do crime, designadamente, a questão premente da afectação da autonomia da vontade individual das vítimas em questão, quando sujeitas a maus tratos. O facto de ao crime ser atribuída uma natureza semipública acabava então, por inutilizar o preceito por três razões principais, designadamente fazer depender a abertura do inquérito de queixa, da possibilidade de desistência ou perdão por parte da vítima e do prazo de caducidade da apresentação de queixa ser muito curto¹⁹¹.

A exigência da maior parte da doutrina e jurisprudência, relativa aos elementos subjectivos especiais de “*malvadez e egoísmo*” no caso de maus tratos sobre cônjuge, foi muito criticada principalmente por TERESA BELEZA, que considerava que estes requisitos só se verificavam quanto aos números 1 e 2 do artigo, dado que esses contextos pressupunham um predomínio do agressor sobre a vítima, o que não se podia supor no caso dos cônjuges, os quais estão numa posição de igualdade constitucionalmente consagrada.¹⁹²

Com o DL n.º 48/95, de 15/03 foi eliminada a referência aos elementos subjectivos especiais, alargou-se o âmbito subjectivo passivo às pessoas idosas ou doentes, incluíram-se expressamente os maus tratos psíquicos e agravaram-se as penas. Quanto aos maus tratos a cônjuge, consagrou-se na lei a natureza semipública do crime¹⁹³. Foi também estabelecida a regra da subsidiariedade entre o crime de maus tratos e o crime de ofensas corporais qualificadas¹⁹⁴, técnica legislativa que ainda se mantém com adaptações e que é matéria de controvérsia, por revelar alguma incoerência quanto à aplicação das penas acessórias.

Em 1998 houve uma importante alteração legislativa, que representou uma tentativa de satisfazer as críticas relativas à natureza semipública do crime de maus tratos a cônjuge. A Lei

190 Denominação dada na altura ao crime que agora corresponde às ofensas à integridade física. cf. TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, cit. p.287

191 TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, cit., p. 287

192 TERESA BELEZA, *Maus tratos Conjugais: O art.153.º, n.º3 do Código Penal*. Lisboa: AAFDL, 1989, pp. 36 a 39

193 CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.83

194 CARLOS CASIMIRO NUNES/MARIA RAQUEL MOTA, *O Crime de Violência Doméstica: a al. B) do art. 152.º do Código Penal*, Revista do Ministério Público, n.º 122, Lisboa: Editorial Minerva, Abril-Junho 2010, p. 135

65/98, de 02/09 continuava a atribuir ao crime o carácter semipúblico, com a possibilidade de o Ministério Público avançar com o procedimento independentemente de queixa, se se impusesse o interesse da vítima e esta não levantasse oposição até à dedução da acusação, criando um regime híbrido. Para JORGE DOS REIS BRAVO¹⁹⁵, este regime ficou aquém das expectativas. Acabou por não solucionar o problema dos arquivamentos por vontade da vítima, dado que esta tinha a última palavra na decisão de avançar ou não, com o processo penal.

A partir de 1999 foi dado início a uma acção governamental denominada Planos Nacionais contra a Violência Doméstica, “*instrumentos de sustentação da acção política para a prevenção e intervenção no âmbito da Violência Doméstica*”¹⁹⁶. Estes instrumentos são renovados de 3 em 3 anos e cada plano constitui uma estratégia, com um conjunto de objectivos que se pretendem alcançar no âmbito da luta contra a violência doméstica, tanto no apoio às vítimas mais vulneráveis, como no acompanhamento e integração social do agressor. A elaboração destes planos denota a importância e a intolerância social crescente que se suscitam na luta contra a violência praticada entre pessoas com uma relação interpessoal marcada por um vínculo familiar, afectivo ou de coabitação nos termos da lei.

O plano vigente à data da elaboração desta tese é o V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género (2014-2017). Com a ratificação por parte de Portugal da Convenção de Istambul, o Plano Nacional adaptou-se à política que seria necessária implementar de acordo com as disposições da Convenção e procura-se actualmente combater também a violência de género.

Retomando o estudo das alterações legislativas, a Lei 7/2000, de 27/05 atribuiu ao crime, a natureza de crime público com a “*válvula de segurança*” da possibilidade de suspensão provisória do processo¹⁹⁷, num equilíbrio entre a liberdade individual e a gravidade do crime, face à forma como poderá afectar a vítima¹⁹⁸. Tal como refere MARIA FERNANDA PALMA, a atribuição do carácter público a este crime foi um passo importante para a demonstração da intolerância social para com uma violência que ocorre em espaços que

195 Vide JORGE DOS REIS BRAVO, *A actuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica*. Revista do Ministério Público, n.º 102, Abril-Junho 2005, Lisboa: Editorial Minerva, p. 67

196 ISABEL DIAS, *op. cit.*, p. 258

197 Sobre esta figura vide, art.º 7.º, número 3 e art.º 281.º do CPP e PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, pp.80 e ss.

198 TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, *cit.*, p. 288

tradicionalmente eram inacessíveis ao direito, por pertencerem à esfera íntima das relações familiares. De acordo com a autora, a atribuição do carácter público “*intensifica o conflito moral no interior dos potenciais infratores imputáveis*”¹⁹⁹.

A maior alteração legislativa neste âmbito foi realizada em 2007, quando a violência doméstica foi autonomizada face aos crimes de maus tratos (152.º/A) e violação das regras de segurança (152.º/B), alteração que foi bem aceite pela maior parte da doutrina e jurisprudência, face aos diferentes bens jurídicos protegidos e à indesejável complexidade do preceito anterior²⁰⁰.

A atribuição da nomenclatura “*Violência Doméstica*” ao crime, é criticada por alguns autores²⁰¹ na medida em que apenas abrange uma parte dos contextos que são na verdade contidos na norma, quando na realidade, esta incriminação abarca situações em que não é exigida a coabitação mas, por outro lado se verificam laços de afectividade entre a vítima e o agente. Percebe-se pela leitura da norma, hoje de forma absolutamente pacífica, que a violência doméstica tem um significado maior que violência na família, alargando-se à “*violência no espaço doméstico ou na vida doméstica*”²⁰², pensamento defendido por PLÁCIDO CONDE FERNANDES, ainda antes da inclusão das relações de namoro no núcleo subjectivo passivo.

A nova redação atribuída pela Lei n.º59/2007, de 04/09 também esclareceu expressamente a querela doutrinária e jurisprudencial acerca da necessidade ou não de reiteração das condutas, passando a estar expressamente previsto que não é necessária a reiteração para a subsunção das ofensas ao crime.

Até à reforma penal, uma parte da doutrina e jurisprudência defendia que correspondia às exigências político-criminais do crime de violência doméstica que o tipo se preenchesse apenas com reiteração da condutas. Esse requisito faria a distinção entre as condutas que se subsumiriam à violência doméstica ou a outros tipos de crime. Defendiam esta tese, nomeadamente, TERESA BELEZA, CAVALEIRO DE FERREIRA, TAIPA DE CARVALHO, JORGE DOS REIS BRAVO, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, e

199 MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p.12

200 Por todos, TERESA BELEZA, *Violência Doméstica...*, cit., p. 288

201 Por todos, *Ibidem*, pp..288 e 289 e MOREIRA DAS NEVES, *op. cit.*, p.4

202 PLÁCIDO CONDE FERNANDES- *Violência Doméstica no Quadro Penal e Processual Penal*. Revista do CEJ n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008 p. 304

AUGUSTO SILVA DIAS, sendo que este autor apenas quanto aos seus tratos físicos²⁰³. Na jurisprudência, e.g., Ac. TRP, de 05/11/2003, Proc. N.º 0342343 e Ac. TRP, de 12/05/2004, Proc. N.º 0346422. Outra corrente, preconizada nomeadamente por TERESA FÉRIA, CATARINA SÁ GOMES e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE defendia já a possibilidade da violência doméstica se consumir apenas com uma única conduta, violadora do bem jurídico, posição que era acompanhada também por alguma jurisprudência²⁰⁴. Com a alteração da lei penal, o legislador tomou posição, esclarecendo a controvérsia.

Aquando da divulgação pública do Anteprojecto de Revisão do CP que deu origem à reforma em causa, o tipo penal previa uma referência expressa ao modo de cometimento dos maus tratos, segmentando o tipo em maus tratos reiterados ou intensos. Perante estes requisitos, algumas vozes se levantaram contra a dualidade “*intensidade/reiteração*”²⁰⁵, sendo retirados estes pressupostos e substituídos pela expressão “*de modo reiterado ou não*”.

Para TERESA FÉRIA, a questão que se colocava é que os maus tratos já pressupõem intensidade – não há maus tratos “*suaves, meigos ou por gentileza*”²⁰⁶. Para a autora, a questão da delimitação da conduta devia ser feita no campo das ofensas que compõe os maus tratos, que devem lesar o bem jurídico, e não em quais maus tratos incluir na incidência objectiva, pois se são maus tratos, já se enquadrarão no tipo incriminador²⁰⁷.

Também contra a limitação da incidência objectiva deste crime que estava prevista no anteprojecto, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS considerou que os conceitos de

203 Vide, TERESA BELEZA, *Maus Tratos...*, cit., p. 18 a 21 – a autora referia que apesar do tipo estar construído para prever a reiteração de condutas, a conduta única serviria de indicador forte de reiteração de comportamentos; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português...*, cit. p.269; TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, §10; JORGE DOS REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 69; AUGUSTO SILVA DIAS, *Crimes Contra a Vida e a Integridade Física*, 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2007, p.50; MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica, um problema sem fronteiras*, Verbo Jurídico, 2001, p.7; LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, vol. 2º, 2ª Ed., Rei dos Livros, Lisboa, 1995, p. 182. Na jurisprudência, Ac. TRG 03.11.1999, Proc. N.º 9810911; Ac. TRP. 28.02.2007, Proc. N.º 0616665; Ac. TRP. 04.06.2003, Proc. N.º 0340047 e Ac. TRP. 31.01.2001, Proc. N.º 0041056

204 Cf. TERESA FÉRIA, *op. cit.*, 2.2.1. e 2.6. e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, cit., p. 405. Na jurisprudência, por todos, Ac. STJ, de 02. 07. 2008, Proc. N.º 07P3861; Ac. STJ, de 12.03.2009. Proc. N.º 09P0236; Ac. STJ, de 06.04.2006, Proc. N.º 06P1167; Ac. TRP, de 31.01.2001, Proc. N.º 30646

205 Vide, Notícia do jornal Público: Peritos exigem que violência doméstica não precise de ser reiterada para ser crime. Público. (25 de Abril de 2007)

206 Cf. Notícia do jornal Público: Peritos exigem que violência doméstica não precise de ser reiterada para ser crime. Público. (25 de Abril de 2007), cit.

207 Cf. TERESA FÉRIA, *op. cit.*, 2.2.1, em que a autora conclui que se deve interpretar o conceito de maus tratos como “*acto cruel ou degradante, violador da integridade pessoal e atentatório da dignidade humana*”. vide também PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p. 307

intensidade e reiteração não estavam suficientemente clarificados para que fosse possível delimitar com segurança jurídica os factos que são penalmente relevantes no âmbito do crime de violência doméstica²⁰⁸. Para o autor, a inserção destes conceitos acabaria por se traduzir numa “*restrição do âmbito de aplicação da norma maior do que aquela que atrás se entendeu como tendo sido querida pelo legislador*”²⁰⁹.

Com outra posição, NUNO BRANDÃO considera que teria sido preferível manter a referência expressa à intensidade da conduta, por forma a clarificar a interpretação conforme ao bem jurídico e ao princípio da dignidade penal²¹⁰. Ora, encontramos-nos em situação de afirmar que, apesar de não se ter colocado expressamente este requisito no texto legal, alguma prática jurisprudencial tem seguido esses critérios. Estas posições, no entanto, devem ser ultrapassadas, e que serão alvo de crítica *infra*²¹¹.

Outra alteração, foi o reforço de algumas situações que se incluem no conceito de maus tratos, nomeadamente, “*ofensas sexuais, castigos corporais e privações de liberdade*”. MOREIRA DAS NEVES critica esta inclusão na medida em que considera a alteração desnecessária e passível de lançar confusão onde se pretende que haja clareza²¹². De acordo com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE o que legislador visou foi esclarecer que estas modalidades se incluem na violência, servindo para clarificar a noção²¹³.

O legislador alargou também o âmbito subjectivo passivo às relações pretéritas e afastou expressamente o requisito da coabitação quanto a alguns sujeitos passivos. Passou-se também a incluir expressamente as relações homossexuais. Por fim, criou-se a agravante do número 2 do art.º 152.º, que se refere à presença dos filhos durante os actos de violência²¹⁴.

208 RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?* Revista do Ministério Público, N.º 107, Lisboa: Editorial Minerva, Lisboa, p. 106

209 *Ibidem*, pp. 107 e 108

210 NUNO BRANDÃO, *A Tutela Especial Reforçada da Violência Doméstica*, Revista Julgar n.º12, Set- Dez. 2010, pp. 18 e 19

211 *Cf.*, *infra*, p.78 e ss.

212 *cf.* MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit., p.5

213 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 4

214 Verifica-se que já estava acautelada a tutela desta situação antes da vinculação de Portugal à Convenção de Istambul, que prevê expressamente a tutela destas situações, *cf.* HILARY FISHER, *op. cit.*, p.15. *vide* Ac.TRG, de 04-04-2016, Proc. n.º1528/14.OPBRG.G1: “*No quadro situacional típico de violência doméstica, justifica-se a censura acrescida de quem se desinteressa, além de tudo o mais, pelo risco de a sua conduta afectar a saúde, a personalidade e o bem estar de uma criança ou de um adolescente.*”

O texto normativo do CP espanhol, na redação da Lei Orgânica de 1/2004, de 28 de Dezembro, influenciou a redação do art.º 152.º CP, estando patente a similitude entre o disposto no art.º 153.º e 173.º, número 2 do CP espanhol e a nossa disposição legal. Apesar disso, o modelo espanhol é uma experiência sem precedentes e com poucos seguidores²¹⁵. A violência doméstica no ordenamento jurídico espanhol assume diferentes designações²¹⁶ e está intrinsecamente ligada à violência de género, punindo-se de formas diferentes em função do género do agressor, ou do género ou qualidade da vítima²¹⁷.

Em 2013, Portugal vinculou-se ao instrumento internacional²¹⁸ com mais relevância na luta contra a violência doméstica, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul, a 11 de Maio de 2011, na reunião do Comité de Ministros do Conselho da Europa²¹⁹.

Apura-se que a violência doméstica é um fenómeno intrinsecamente ligado à violência de género. Esta interligação é intrínseca, representando uma marca estatística com bastante relevância, de tal forma que a violência doméstica é considerada um fenómeno de violência de género, ainda que estas duas formas não se esgotem entre si. Esta consideração levou à criação de instrumentos de tutela reforçada no âmbito internacional, designadamente, a

215 Cf. MARÍA POZA CISNEROS, *Violencia doméstica : la experiencia española*. Revista Julgar, Nº 12, esp. (Set.- Dez. 2010), p. 81

216 A violência doméstica encontra-se dividida na incriminação da violência habitual, punindo também aqueles actos que, isoladamente considerados não constituem nenhum crime e no crime de mau trato ou ofensa ocasional. Estas infracções estão previstas no art.º 173.º, número 2 e 153.º do CP espanhol, respectivamente. Estes artigos preveem também incriminações contra a violência de género, sendo definida como a violência perpetrada por um homem contra uma mulher, numa relação afectiva presente ou pretérita. A violência de género pressupõe que a actuação do agente consubstancie uma tentativa de domínio do homem sobre a mulher. Vide, CGPJ, *Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Violencia de Género*, 2013, p. 21, APAV, *Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa*, pp.33 e s., MARÍA POZA CISNEROS, *op. cit.*, pp.93 a 108

217 O gera muitas questões de eventual inconstitucionalidade da norma, vide, MARÍA POZA CISNEROS, *op. cit.*, pp. 108 e ss.

218 Para consultar o conjunto completo dos diplomas internacionais que envolvem Portugal vide, CIG, *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual multidisciplinar*, LÚCIA GAGO e PAULO GUERRA (coord.), Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp.71 a 77. Faz-se uma resenha sobre os diplomas internacionais que comprometem Portugal no combate à violência doméstica, podemos observar que de uma forma global, as instituições em que Portugal é outorgante procuram criar instrumentos de combate a este fenómeno.

219 Com antecedentes na Recomendação 5 do Comité do Conselho de Ministros aos Estados Membros sobre a protecção das mulheres contra a violência doméstica, de 2002 e em na aplicação de um Plano de Acção em 2005 que levou, posteriormente à criação de um comité *Ad Hoc* multidisciplinar para a prevenção e o combate contra a violência contra as mulheres e a violência doméstica, vide, HILARY FISHER, *op. cit.*, pp. 16 a 18.

Convenção de Istambul, que surge como resposta a uma necessidade de acautelar a violência de género²²⁰ em todas as suas formas.

A CI representa um marco no combate à violência doméstica, tanto em termos de instrumentos internacionais como na sua aplicação ao direito penal português. Apesar de, em termos de direito substantivo, o legislador português não ter tido que realizar nenhuma alteração de relevo ao art.º 152.º, na nossa leitura a CI conduz a que certas interpretações da norma sejam excluídas.

Este instrumento internacional, que entrou em vigor em Portugal a partir de 1 de Agosto de 2014, tem como um dos principais objectivos “*proteger as mulheres contra qualquer forma de violência e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica*”²²¹. A convenção também encoraja as partes a estender a sua aplicação aos homens, crianças, idosos vítimas de violência doméstica, como previsto no art.º 2.º, número 2 da CI²²². Nesta Convenção fica marcada a necessidade de intervenção perante uma realidade social que revela censurabilidade acrescida - a violência de género e, mais especificamente, e abrangendo outras vítimas, a violência doméstica.

É um instrumento inovador, na medida em que é legalmente vinculativo, aberto a qualquer país do mundo, e faculta um conjunto de medidas abrangente para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres, simultaneamente como uma violação dos direitos humanos e uma forma de discriminação²²³.

Esta convenção marca definitivamente uma posição de tolerância zero perante a violência doméstica, reforçando a ideia de que a violência contra as mulheres e a violência doméstica não são questões privadas. “*Pelo contrário: para realçar o efeito particularmente traumatizante dos crimes contra a família, pode ser imposta uma pena mais pesada ao*

220 Sendo a CI a primeira convenção a definir o conceito de género e de violência de género. vide, art.º 3.º, alínea a) da CI e CONSELHO DA EUROPA, *Livre do medo, Livre da Violência*, p. 2. vide também HILARY FISHER, *op. cit.*, p. 15 vide também, sobre o tema da interferência entre a violência de género e a violência doméstica, CIG, *op. cit.*, p. 22 e p. 24, onde se aponta a violência doméstica como um dos casos particulares no domínio mais alargado da violência sobre as mulheres mas também a forma mais frequente de violência sofrida pelas mulheres e CONSELHO DA EUROPA, *Council of Europe Convention On Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence: Istanbul Convention, A global tool to prevent and combat violence against women and girls*, p. 2

221 Vide, art.º 1.º, número 1, alínea a) da CI e HILARY FISHER, *op. cit.*, p.19

222 HILARY FISHER, *op. cit.*, p.20

223 *Ibidem*, p. 18

agressor quando a vítima é o cônjuge, o parceiro ou um familiar.”²²⁴ Retira-se a ideia de que a ilicitude mais elevada que justifica uma incriminação mais grave advém apenas da especificidade do crime.

É importante ter em conta o valor da CI, enquanto instrumento internacional inserido ordem jurídica portuguesa, designadamente a sua relação com a lei ordinária, para poder determinar a sua vinculatividade na ordem jurídica interna.

A vinculatividade do direito internacional convencional, ou direito internacional particular²²⁵, requer o preenchimento dos requisitos da aprovação ou ratificação, requisito de vinculatividade externa, e da publicação, requisito de vinculatividade interna, por força do art.º 8.º, número 2 da CRP. Assim que entram em vigor, os instrumentos internacionais passam a vigor como tais na ordem jurídica portuguesa, sem necessidade de transcrição²²⁶.

A questão do valor das normas de direito internacional, em especial o direito convencional, que vigoram na nossa ordem jurídica é discutido na doutrina, dado o silêncio da lei fundamental quanto a esse ponto. É praticamente indiscutível que a maior parte do direito internacional a que Portugal se vincula tem valor infraconstitucional, sendo as normas internacionais subordinadas hierarquicamente à CRP com base nos princípios de soberania e independência nacional ou do Estado de Direito²²⁷. Em relação ao seu valor no direito ordinário, a maior parte da doutrina atribui ao direito internacional um valor superior, sendo que a entrada em vigor da convenção funciona nos mesmos termos que a lei ordinária, operando a regra de que lei nova derroga lei antiga desconforme²²⁸, mas o valor

224 CONSELHO DA EUROPA, *Convenção do Conselho da Europa...*, cit., p. 4

225 Utilizando os conceitos de JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, Cascais, Principia, 2012, p. 29 e GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 821

226 *Vide*, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., p. 153; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 4 ed., Coimbra Editora, 2007, Anotação ao art.º 8, número 2, p. 255; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 821

227 JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., p. 159 e s.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, Anotação ao artigo 8.º, número 2, p. 258; GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 821, tanto que se uma norma é desconforme com uma disposição de instrumento internacional, JORGE MIRANDA defende que a norma padece de ineficácia da norma e não invalidade, *vide*, JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, p. 175 e ss. Veja-se, no entanto, que é atribuído valor supra-constitucional aos princípios de direito internacional geral ou comum previstos no artigo 7.º, número 1 da CRP e valor constitucional aos princípios previstos no artigo 16.º, número 2 da CRP, *vide* JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., pp. 155 e ss.

228 JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., p. 166, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art.º 8.º, número 2, pp. 259 e s.

doutrinariamente atribuído, supra-legislativo da convenção não permite que nova lei ordinária nacional derogue a disposição proveniente de instrumento internacional ao qual Portugal se vincule²²⁹.

O instrumentos internacionais não possuem carácter de fundamento de validade da lei ordinária como nos termos da lei fundamental, mas não deixa de fazer sentido interpretar as normas nacionais de direito ordinário, nomeadamente, o artigo 152.º do CP, de acordo com as disposições da CI. Esta afirmação sustenta-se em argumentos de ordem sistemática, prevista no artigo 9.º, número 1 do CC, de interpretação das normas tendo em conta a conexão com o sistema jurídico, ou seja, se a CI entra em vigor dotada da vinculatividade interna própria dos diplomas de direito internacional, esta constitui um contributo significativo à interpretação da lei ordinária, sendo que o significado da lei resulta também do seu contexto, por uma razão de harmonização da ordem interna e de interpretação da lei em conformidade com o sistema, nos mesmos termos do que deve acontecer quando entra em vigor um diploma legislativo nacional²³⁰.

Retomando o estudo da evolução do preceito penal a última alteração da norma do art.º 152.º teve lugar em 2013, passando a estar abrangidas as relações de namoro na violência doméstica e alargando-se o conceito de pessoa particularmente indefesa, passando o núcleo expresso no artigo, a ser meramente exemplificativo.

1.3. Noções de violência doméstica

Actualmente, não há uma definição uniforme de violência doméstica²³¹, sendo que o recorte do conceito não é linear, dependendo do campo de estudo do problema²³². O que se

229 Cf., acerca do carácter supra-legislativo JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., pp.167 e s.

230 Sobre o elemento sistemático vide, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 359 e ss. e JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ªEd., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 409 e ss.

231 Vide, definições da CIG, *Violência Doméstica: implicações...*, pp.23 e 24 e APAV em: <http://www.apav.pt/lgbt/menudom.htm>. Sobre as diversas áreas que o problema da violência doméstica atinge, devendo ser regulado para além do Direito Penal vide, *Parecer da APMJ sobre a proposta de Lei n.º 665/2008*, APMJ, p. 2. Sobre o estudo psicossocial acerca as especificidades da violência doméstica face a outras espécies de violência, vide, *Parecer da APMJ sobre a proposta de Lei n.º 248/X*, APMJ, p. 4; vide também, HILARY FISHER, *op. cit.*, p.16, ISABEL DIAS, *op. cit.*, pp.250 a 252; CLÁUDIA ALVES, *op. cit.* pp. 7 a 10; CIG, *op. cit.*, pp. 40 e 41; MIGUEL LORENTE ACOSTA, *Síndrome de Agresión a la Mujer. Síndrome de Maltrato a la Mujer* in *Tratamiento Penal de la Violencia Domestica contra la Mujer* – V Seminário de Estudios Jurídicos y Criminológicos, Cadiz, S. Publicaciones de la Universidade, Jerez, S. Publicaciones del Ayuntamiento, 1999, ponto 3

232 MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit., p. 1

percebe pela análise já realizada é que o espectro mudou completamente. Passámos de um cenário de tolerância e adequação social de práticas de violência na família, para uma percepção de que essas condutas assumem posturas de desvalor ético-social e consequências mais graves, nomeadamente a maior facilidade de diminuição da liberdade, autonomia e dignidade da vítima²³³ que a violência praticada em “*âmbitos comuns*”, nomeadamente, entre duas pessoas que não partilham a mesma casa ou que não possuem uma relação de particular confiança e proximidade existencial entre si.

A Convenção de Istambul assume um conceito lato de violência doméstica, previsto no seu art.º 3.º, alínea b), com o seguinte conteúdo: “*«Violência doméstica» abrange todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima;*”.

2. Crime específico: Maior censurabilidade da violência exercida sobre o leque de vítimas do âmbito subjectivo passivo

2.1 Crime específico próprio e impróprio

O crime de violência doméstica classifica-se, quanto ao seu autor, como um crime específico²³⁴. Tomamos o conceito de FIGUEIREDO DIAS em que são crimes específicos, aqueles que “*só podem ser cometidos por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um certo dever especial (...) Fala-se a este respeito, com propriedade, em elementos típicos do autor*”²³⁵. No caso, o elemento típico do autor será o seu relacionamento interpessoal com a vítima. Esta questão tem muita influência na posição que se adopta quanto aos maus-tratos e ao bem jurídico protegido.

De acordo com o autor, em relação aos crimes específicos gera-se a distinção dogmática entre crimes específicos próprios ou impróprios, dependendo se a qualidade do

233 Neste sentido, por todos, ISABEL DIAS, *op. cit., passim*; CLÁUDIA ALVES, *op. cit.*, p.3; RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp.102 e 103; MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit., p.2; SANDRA INÊS FEITOR, *Análise Crítica do Crime de Violência Doméstica*, Rubrica Pontos de Vista da Faculdade de Direito da universidade Nova de Lisboa, 2013 p. 3; TERESA FÉRIA, *op. cit.*, ponto 2.4.3; TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, §1; JORGE DOS REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 61; ANDRÉ LAMAS LEITE, *A Violência Relacional Íntima: Reflexões Cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia*, Revista Julgar n.º12, Set- Dez. 2010, p. 29

234 *Vide*, Ac. TRP 26.09.2013, Proc. N.º 176/11.1SLPRT.P1

235 FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p.304

agente fundamenta ou agrava a ilicitude do comportamento deste. A classificação do crime em estudo como crime específico próprio ou impróprio, não tem sido pacífica na doutrina.

Uma corrente doutrinária²³⁶ tende a classificar o tipo penal simplesmente como crime específico impróprio, na medida em que o relacionamento interpessoal que o autor tem com a vítima apenas serve para agravar a responsabilidade do agente que, de outra forma, seria responsabilizado por outros crimes que estão em concurso aparente com o crime de violência doméstica²³⁷. Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a ilicitude da actuação do agente é agravada em virtude do seu relacionamento com a vítima²³⁸. A ofensa praticada num contexto de violência doméstica só por si já constitui um ilícito, exacerbado depois pela relação interpessoal do autor com a vítima.

Como assinala TAIPA DE CARVALHO, este entendimento parece não ter em consideração as condutas que não se inserem em nenhum tipo penal que não seja a violência doméstica²³⁹. Ora, adiantando o estudo do alcance do conceito de maus tratos²⁴⁰, não podemos deixar de concordar com o autor, uma vez que há ofensas, nomeadamente quanto aos maus tratos psíquicos, que por si não configuram um delito autónomo, mas podem enquadrar-se no conceito de maus tratos previstos no artigo. Neste caso, será o nexó relacional relevante, que fundamenta a responsabilidade do agente. Tomamos a posição de que o crime se classifica como específico, tanto próprio – nos casos em que a relação fundamenta a responsabilidade do agente - como impróprio, nos casos em que a responsabilidade do agente é agravada pela relação interpessoal.

2.2 Especificidades quanto aos núcleos de vítimas

236 Nomeadamente, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p. 97; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 3; CARLOS CASIMIRO NUNES/ MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, pp. 150 e ss.; TERESA FÉRIA, *op. cit.*, ponto 2.4.1; na jurisprudência Ac. TRE 08.01.2013, Proc. N.º 113/10.0TAVVC.E1

237 Veja-se o que referem os autores CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 150: “(...) o crime de violência doméstica é um crime específico impróprio, pois a circunstância de o agente não deter a relação especial exigida pela lei não obstará à sua punição, já que a conduta, em si mesma considerada, independentemente do seu autor, constitui crime (v.g. crime de ofensa à integridade física, crime de injúrias, crime de ameaça).”

238 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 3

239 TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, §3

240 Ver *infra* pp.87 e ss.

Como o contexto relacional pode fundamentar ou agravar a responsabilidade do agente, é essencial delimitar em concreto quais as relações interpessoais que cabem no âmbito subjectivo passivo da norma.

A dimensão subjectiva passiva prevista nas alíneas a) a d) do art.º 152.º divide-se em dois núcleos. O primeiro núcleo engloba as alíneas a) a c) do artigo e é relativo às *relações de afectividade*, pretéritas ou presentes. O segundo núcleo é composto pelas vítimas que se enquadrem na noção de pessoa *particularmente indefesa que coabitem* com o agente.

TERESA BELEZA considera que a autonomização normativa dos tipos penais que foi realizada pela Lei n.º 59/2007 de 4/9, poderia ter ido mais além, separando estes dois núcleos de vítimas, em razão do fundamento para a autonomização do crime de maus tratos²⁴¹. Compreendendo que estamos perante relacionamentos diferentes, podemos considerar que é o bem jurídico que deve agregar, tanto o leque de sujeitos passivos, como o conjunto de condutas passíveis a pertencer ao ilícito típico.

Vejamos que todos estes relacionamentos se traduzem, ou já se traduziram, em *relações de intimidade*, seja pela afectividade ou coabitação. Ainda que por motivos diversos, a ilicitude agravada de quem pratica a violência verifica-se, não só sobre pessoas que têm uma relação afectiva, seja esta violência praticada na privacidade do lar ou não, mas também sobre pessoas que, coabitando com o agente, se encontram numa posição particularmente indefesa. Pensamos que o que une este conjunto de vítimas é a maior dificuldade das vítimas em quebrar, posteriormente ao(s) facto(s), o relacionamento com o agente. A conduta contra estas pessoas revela uma especial perigosidade, no sentido em o seu bem estar físico e espiritual que é posto em perigo.

Apesar disso, verifica-se que os motivos para a ilicitude agravada são diferentes, dependendo também das especificidades especiais de cada vítima. Veja-se, por exemplo, que os maus tratos praticados contra crianças constituem um perigo de ofensa ao livre desenvolvimento da personalidade da vítima²⁴² que deve ser tido em conta.

No entanto, no aprofundamento da análise da conduta proibida no tipo, parece que a avaliação a ser feita acerca dos comportamentos puníveis, é profundamente diferente.

241 TERESA BELEZA, *op. cit.*, p. 288 e, no mesmo sentido, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p.117

242 Veja-se TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, §1

Enquanto que para os filhos menores se admite um certo “*poder de correcção*”²⁴³ e, portanto, há ofensas que não cabem no âmbito da ilicitude, porque consideradas socialmente adequadas²⁴⁴, no caso dos cônjuges ou outros sujeitos passivos, a avaliação não pode ser realizada nos mesmos moldes, havendo especificidades que não podem ser ignoradas.

No que diz respeito ao primeiro núcleo de sujeitos passivos, a alínea a) abrange as pessoas com quem o agressor mantenha uma relação de conjugalidade e a alínea b) prevê as relações a estas análogas, ainda que sem coabitação. Para RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, a agravação ou o fundamento da ilicitude destes comportamentos, decorre dos deveres especiais que o agente assume, decorrentes da relação interpessoal²⁴⁵. Ou seja, para além do agente violar o dever geral de abstenção relativamente à integridade pessoal do outro, também viola os deveres pessoais que decorrem do nexo relacional relevante com a vítima. Estes deveres estão previstos no art.º 1672.º do CC e constituem os deveres de respeito, fidelidade, cooperação e assistência²⁴⁶. TERESA QUINTELA DE BRITO defende também, que a “*especial gravidade deste crime advém da relação entre o agente e a vítima. Relação que deveria ser de especial respeito, solidariedade e cuidado*”²⁴⁷.

A alínea b) prevê as relações de namoro. Já antes da referência expressa a este relacionamento, CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA consideravam que se poderia enquadrar o namoro, desde que não fosse um relacionamento esporádico ou ocasional. A inclusão das relações de namoro no tipo, coloca problemas de delimitação típica. Como defende ANDRÉ LAMAS LEITE, sendo o namoro um conceito que o Direito não define, terá que se recorrer àquilo que é considerado habitual²⁴⁸. ANTÓNIO LATAS define o namoro como um “*relacionamento amoroso entre duas pessoas em que a aproximação física*

243 Em relação aos castigos corporais e poder de correcção dos pais remete-se o estudo para os §3 e § 7 do TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, pp. 308 e ss. e TERESA QUINTELA DE BRITO, *Direito Penal, Parte Especial, Lições, Estudos e Casos*, Almedina, Coimbra, 2007, cit., pp.496 a 498

244 Sobre a cláusula de adequação social, que a nosso ver e acompanhando a posição de FIGUEIREDO DIAS, é um critério hermenêutico mas que não pode ser ignorado, especialmente no crime que é objecto do nosso estudo, vide, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 291 e ss.

245 RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp. 96 e ss. Ver também, na jurisprudência Ac. TRG 10.01.2005, Proc. N.º 1947/04-1 e Ac. TRE 20.12.2005, Proc. N.º 2489/05-1. No mesmo sentido, CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 144

246 LUÍS SILVEIRA, *Código Civil Anotado*, Almedina, Coimbra, 2017, vol. I, pp. 545 e s.

247 TERESA QUINTELA DE BRITO, *Direito Penal*..., p.3.

248 Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, *Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos "shoplifters"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013 p.53

e psíquica, fundada numa atração recíproca, aspira à continuidade, deixando de fora meros namoros passageiros, ocasionais, fortuitos, flirts”²⁴⁹. Para o autor, aplicar-se-á também o conceito de estabilidade preconizado por PLÁCIDO CONDE FERNANDES e CATARINA SÁ GOMES²⁵⁰, referindo que a estabilidade do namoro concerne à aspiração de continuidade e não propriamente à duração do namoro, podendo este ser de curta duração, mas estável. No nosso entender, e reforçando esta tese, vale para as relações de namoro, aquilo que ANDRÉ LAMAS LEITE caracteriza como uma relação de afetividade que cabe na delimitação típica do conceito. Ou seja, a proximidade existencial, pelo menos. Esta proximidade deve criar na vítima a “expectativa de que o agressor assuma um dever acrescido de respeito e abstenção de condutas lesivas da integridade pessoal do parceiro”²⁵¹. Não importa a duração da relação, mas a expectativa de continuidade criada na vítima e a “proximidade existencial efectiva”. À semelhança das relações de conjugalidade, nas relações de namoro também se constituem deveres especiais que justificam o agravamento da ilicitude das ofensas praticadas. ANDRÉ LAMAS LEITE considera que nesta relação afectiva se assumem em regra, os deveres de respeito e fidelidade mas já não, os de cooperação e assistência.

Para CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, numa posição que acompanhamos, os relacionamentos extra-matrimoniais também são abrangidos no núcleo de vítimas da violência doméstica, na medida em que estes relacionamentos sejam “estáveis concorrentes simultâneos com a relação considerada socialmente como “legítima””²⁵². Como os autores defendem, os ilícitos praticados contra duas ou mais vítimas com que se mantêm relacionamentos subsumíveis aos conceitos das alíneas do art.º 152.º, não podem ser excluídos ou “desagravados” pelo motivo do número de relacionamentos que o agente mantém²⁵³.

Quanto às relações pretéritas, previstas nas alíneas a) e b) do art.º 152.º, seguimos o entendimento de PLÁCIDO CONDE FERNANDES²⁵⁴ de que a incriminação visa

249 ANTÓNIO LATAS, *As alterações ao código penal introduzidas pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro*. In: Revista do CEJ, N.º 1, 1.º semestre (2014) p.74

250 PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p.310; na jurisprudência vide Ac. TRC 24.04.2012, Proc. N.º 632/10.9PBAVR.C1

251 ANDRÉ LAMAS LEITE, *A Violência Relacional...*, p.52; CARLOS CASIMIRO NUNES e RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 151;

252 CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 152; na jurisprudência Ac. TRC 27.02.2013, Proc. N.º 83/12.0 GCGRD.C1

253 *Ibidem*, *op. cit.*, p. 153. Cf. também Ac. TRP de 08. 03.2017, Proc. n.º 121/15.5JAPRT.P1

254 Cf. PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p. 312

compreender as situações de abuso de poder do agente sobre a vítima, em que o parceiro não aceita o fim da relação e procura exercer domínio sobre o ofendido. Procura-se, assim, exercer uma tutela contra os “*comportamentos retaliatórios e fortemente perturbadores da paz do ex-parceiro perpetrados por aquele que não se conforma com o fim da relação ou não o suporta ver assumir um projecto de vida autónomo*”²⁵⁵.

No âmbito das relações afectivas pretéritas, ANDRÉ LAMAS LEITE²⁵⁶ preconiza uma delimitação de tempo após a cessação do vínculo afectivo, para que esta se mantenha no âmbito de aplicação subjectiva do art.º 152.º. Se esta questão é complexa quando falamos de laços de conjugalidade ou análogos²⁵⁷, este problema nas relações de namoro ainda se torna mais espinhoso, a começar pela determinação do momento do termo da relação. O autor defende que só se conseguirá assegurar a certeza e segurança jurídicas na aplicação da norma, se o legislador criar um limite temporal máximo, até ao qual as condutas maltratantes se incluem no previsto no art.º 152.º após o divórcio ou separação.

Ora, como reconhece o autor, a constituição legal deste prazo nas relações de namoro e até nas relações análogas às dos cônjuges onde não haja coabitação, conduz a sérios problemas de prova, sabendo-se que o desfecho das relações nem sempre ocorre numa data definida. Na nossa opinião, acompanhando a posição de CATARINA FERNANDES²⁵⁸ não se deve estatuir nenhum prazo legal, podendo as condutas a todo o tempo ser subsumíveis ao crime, desde que a situação de afronta ocorra em função do especial relacionamento que ocorreu entre os dois. Difícil será a prova ao nível do dolo. No entanto, parece-nos que a adopção de um critério material será a solução mais acertada. Esta ideia decorre da nossa posição acerca do bem jurídico da incriminação. Consideramos que o bem jurídico se reflecte, protege e tutela a relação especial e é dessa relação que parte a incriminação e o âmbito de aplicação subjectivo.

Quanto às relações parentais não familiares, resultado de relações passageiras, ocasionais ou fortuitas, o motivo desta incriminação surge da necessidade de acautelar as

255 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 4; Na jurisprudência Ac. TRP 11.06.2014, Proc. N.º286/12.8PBMTS.P1 e Ac. TRC 27.02.2013, Proc. N.º288/12GBILH.C1

256 ANDRÉ LAMAS LEITE, *Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica ...*, cit., p. 56

257 Vejamos que o facto da comunhão de vida terminar não implica que a relação tenha terminado, Ac. TRL, 19.05.2015, Proc. n.º 361/12.9GAMTA.L1-5

258 Cf. CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p. 92

situações em que, fruto da obrigação da criação de laços entre os progenitores, se criam contextos de conflito e desentendimento que resultam em violência²⁵⁹.

Quanto ao segundo núcleo de sujeitos passivos, ou seja, aquelas pessoas que constam da alínea d) do art.º 152.º do CP, não se exige um vínculo afectivo ou familiar entre o agressor e vítima. Como tal, não tem que ser provada a relação afectiva ou familiar entre os sujeitos. A *coabitação* neste caso, não tem o mesmo sentido que a coabitação nos termos civilísticos, devendo o conceito ser interpretado de acordo com uma concepção naturalística, como refere PLÁCIDO CONDE FERNANDES, em que não se dispensa um vínculo relacional mínimo na partilha de um espaço de habitação comum, ainda que dividido²⁶⁰. Esta extensão da incriminação a pessoas que se encontram numa posição mais vulnerável, acha-se em conformidade com o art.º 46.º, alínea c) da Convenção de Istambul. Como refere CATARINA FERNANDES, a avaliação da particularidade da vítima deve ser feita no caso concreto, pelas suas características pessoais, pelas relações que mantém com o agressor, ou até pelo contexto global do facto²⁶¹.

ANDRÉ LAMAS LEITE defende que a particular ilicitude das práticas de condutas contra este núcleo de pessoas resulta da situação de dependência da vítima em relação ao agressor, decorrente da grande debilidade das pessoas que confiam nos cuidados de outra que devia prestar-lhes amparo e suporte²⁶². Por nossa opinião, retomando uma ideia já descrita anteriormente, esta noção deve ser complementada com a gravidade acrescida que se traduz no facto dos agentes coabitarem, o que implica, por isso, convivência para além da agressão, o que em situações “*comuns*”, seria mais facilmente evitado.

3. Bem jurídico autónomo e abrangente

O bem jurídico tutelado por uma norma penal releva por traduzir a “*a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso*”²⁶³, são “*valores individuais e comunitários essenciais à realização pessoal e à*

259 Vide, *Ibidem*, p. 92 e CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 155

260 PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p.313

261 CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.93

262 ANDRÉ LAMAS LEITE, *Penas acessórias, questões de género, de violência doméstica ...*, cit., p.58

263 Cf. JORGE FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 114 e ss. para a definição do conceito, apoiar-nos-emos na formulação do autor, amplamente aceite na doutrina e jurisprudência. Com algumas linhas argumentativas que colocam em questão a tese em causa vide FARIA COSTA, *Direito Penal, Parte Especial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp.27 a 34

convivência social”²⁶⁴. Como refere FARIA COSTA, uma das características da parte especial do CP é ser um “*catálogo de bens jurídicos*”²⁶⁵. De acordo com a concepção de MARIA FERNANDA PALMA, o bem jurídico tem uma definição pouco rígida, “*apela a uma relação com o Estado democrático, a uma lógica de preservação da subjectividade e do reconhecimento dos interesses essenciais dos outros*” mas pode ser entendido como “*necessidade ou interesse intersubjectivo, histórica e culturalmente concretizado, algo com a qualidade de bom, materializado num valor mantendo um referente concreto*”²⁶⁶. Os bens jurídicos têm que ser dotados de dignidade constitucional²⁶⁷, só assim estão legitimadas as intervenções do poder punitivo num Estado de Direito Democrático²⁶⁸.

Para FIGUEIREDO DIAS, o bem jurídico protegido pela norma penal, por ser dotado de dignidade constitucional tem um conteúdo fixo e concreto²⁶⁹ e está apto a servir de bitola para a compreensão e interpretação da abrangência típica do tipo penal, desempenhando um papel de critério de decisão legislativa criminalizadora²⁷⁰ e devendo a sua delimitação servir como ponto de partida para a definição da consideração e relevância típica dos factos levados ao tribunal²⁷¹.

264 TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3ª Ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 57

265 FARIA COSTA, *op. cit.*, p.27

266 MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos-Teoria da Lei Penal: Aplicação no Tempo, no Espaço e quanto às Pessoas*, Lisboa: AAFDL, 2017, p. 38

267 FIGUEIREDO DIAS, “*O direito penal do bem jurídico*” como princípio jurídico-constitucional. In: *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 34 e 35

268 Na medida em que o Estado só deve intervir nos direitos e liberdades fundamentais de cada um quando isso se torne indispensável para o asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais dos outros ou da comunidade enquanto tal, como explica FIGUEIREDO DIAS, “*O direito penal do bem jurídico*”..., *cit.*, p.123 e pp.127 e ss. *vide*, art.º 18.º, número 2 da CRP. *cf.*, também, MARIA FERNANDA PALMA, *Conceito material de crime...*, *cit.*, p. 7 e *Idem*, *Direito Penal, Conceito Material de Crime...*, *cit.*, pp.75 e ss.

269 Contra a defesa de que o bem jurídico tem um conteúdo fixo e concreto, *vide* MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito Material de Crime...*, *cit.*, p. 79. A autora considera que o papel do bem jurídico deve ser remetido apenas para o papel de legitimador de incriminações penais. O bem jurídico, na concepção da autora, tem um papel tanto inter-individual como ligado à responsabilidade do Estado e das pessoas em relação ao mundo e à sociedade, num princípio da subjectividade integradora da responsabilidade pelo outro. *Vide, ibidem*, p. 80.

270 *Vide* também TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal...*, *cit.*, p. 57

271 Ainda que o bem jurídico não delimite exclusivamente o crime. Todos os bens jurídicos tem susceptibilidade para serem “*complexos*” e se decomporem em vários outros bens. *vide*, INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p. 1029

Não há consenso na doutrina e jurisprudência quanto à delimitação do bem jurídico a que a norma incriminadora da violência doméstica dá guarida²⁷². Algumas das razões para a dificuldade na delimitação do bem jurídico parecem ser a multiplicidade de condutas que são susceptíveis de serem enquadrados na factualidade típica do crime²⁷³, acrescendo que muitas dessas condutas são passíveis de se integrarem em crimes comuns.

A maior parte da doutrina e jurisprudência recusa a ideia de que o bem jurídico protegido é a tutela da comunidade familiar²⁷⁴. No entanto, acompanhamos MARIA ELISABETE FERREIRA, quando a autora defende que o bem jurídico tutela de forma reflexa ou secundária, a pacífica convivência familiar, para-familiar ou doméstica²⁷⁵. Atendendo ao facto do crime ser um crime específico, com base na relação interpessoal subjacente, a norma pretende proteger a convivência pacífica no âmbito das relações que se mantêm ou foram marcadas anteriormente por laços de estreita conexão. No mesmo sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE refere que o bem jurídico se projecta na especial relação²⁷⁶. Também na mesma senda advoga RICARDO BRAGANÇA DE MATOS²⁷⁷. Mas este não é, nem pode ser, o bem jurídico principal da norma. Não se pretende que o direito regule a forma como os relacionamentos entre as pessoas se desenrolam a menos que se atinjam dimensões essenciais para a vivência em sociedade democraticamente organizada ou para o livre desenvolvimento das pessoas. O que se pretende tutelar é a pessoa, inserida numa relação que, pelas especificidades já referidas, deve ser de pacífica convivência. Para MARIA ELISABETE FERREIRA, a distinção entre violência doméstica e os crimes comuns reside na diferença dos

272 Desenrola-se uma querela, em termos muito semelhantes, na doutrina espanhola quanto ao bem jurídico protegido pelo tipo do art.º 173.º, número 2. As posições da doutrina divergem entre a colocação da tónica da tutela do tipo penal na integridade e saúde pessoais; na saúde, sendo o crime de perigo abstracto; na integridade moral; na integridade pessoal dos indivíduos ou, numa posição semelhante à que tomamos, a integridade física e pacífica convivência familiar. Para o desenvolvimento da discussão do bem jurídico em Espanha, *vide*, CASTELLÓ NICÁS [et. al.], *Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido*, In: Estudios penales sobre violencia domestica, Madrid: Edersa, 2002, pp. 53 a 80

273 TERESA FÉRIA, *op. cit.*, ponto 2.1; ANDRÉ LAMAS LEITE, *Violência relacional íntima...*, cit. p.48

274 Por todos, TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §1 e NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 6, na jurisprudência MAIA COSTA, Ac. STJ, de 11/05/2008, Proc. n.º08P2504. Em sentido contrário, por todos, Ac. TRP, 19.09.2012, Proc. N.º901/11.0PAPVZ.P1, que parece traduzir o bem jurídico na “*possibilidade de vida em comum*”. *cf.* a crítica a este acórdão em TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame...*, cit., p. 3 a 5

275 *Cf.* MARIA ELISABETE FERREIRA, *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, in: Julgar Online, maio de 2017, p. 8.

276 ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 51

277 RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp. 95 e 96

bem jurídicos protegidos que, no caso da violência doméstica, não remete só para a saúde da vítima num sentido amplo, mas também, tendo em conta o contexto em que a conduta foi praticada, tem que ver com a colocação em causa da pacífica convivência entre o agente e a vítima, sendo a conduta capaz de “*abalar irremediavelmente a confiança da vítima no seu agressor e tal dimensão não encontra proteção em outro tipo legal*”²⁷⁸.

Veja-se que a inserção sistemática do art.º 152.º no capítulo III – crimes contra a integridade física - do título I – crimes contra as pessoas – da parte especial do CP, revela-se como um indicador de que o bem jurídico é pessoal, constituindo-se por interesses que dizem respeito à pessoa ofendida e não à tutela das relações familiares.

É pacífico afirmar que o tipo penal apresenta uma estrutura típica que se projecta em circunstâncias relacionais de afectividade (presentes ou pretéritas) ou de intimidade. No entanto, o que se pretende proteger com a norma, não é o contexto relacional em si, mas a pessoa que possua com o agressor, um dos nexos relacionais relevantes previstos no preceito.

3.1 Hipótese do bem jurídico da violência doméstica como sendo a Dignidade da Pessoa Humana

Uma das teses, defendidas por AUGUSTO SILVA DIAS e SANDRA FEITOR, concebe a dignidade da pessoa humana como o bem jurídico, ou um dos bens jurídicos tutelados pela incriminação.

AUGUSTO SILVA DIAS considera que os bens jurídicos protegidos no crime de violência doméstica são “*a integridade corporal, saúde física e psíquica e dignidade da pessoa humana*”²⁷⁹.

Aprofundando o estudo da temática, SANDRA FEITOR defende que o bem jurídico protegido deve ser a dignidade humana, na medida em que é a “*vivência relacional e íntima com dignidade*” que a norma protege²⁸⁰. De acordo com a posição da autora, o escopo da norma é punir a violência em todas as suas formas, sendo que a vítima não tem que aceitar ofensas à sua dignidade, logrando ser tratada com respeito e não cabendo ao juiz “*fazer juízos de moralidade ou interpretações pessoais sobre a gravidade, ou não, de uma ou mais*

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 9

²⁷⁹ AUGUSTO SILVA DIAS, *op. cit.*, p.49, *vide* também, numa posição aproximada, JORGE DOS REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 66

²⁸⁰ SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, p.4

“bofetadas””. A tese que consagra a dignidade humana como bem jurídico diretamente protegido pela norma, tem também sido por vezes seguida na jurisprudência²⁸¹.

Em contraposição com esta tese encontra-se NUNO BRANDÃO. Este autor, apoia-se nas críticas de FIGUEIREDO DIAS a algumas decisões do Tribunal Constitucional que suportam a dignidade penal de uma incriminação no princípio da dignidade da pessoa humana²⁸². FIGUEIREDO DIAS defende que a dignidade humana não tem uma natureza de “*princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo, imutável e apto à subsunção e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida*”²⁸³. A função do princípio da dignidade da pessoa humana é “*a de se erguer como um veto inultrapassável a qualquer actividade do Estado que não respeite aquela dignidade e, deste modo, antes que como fundamento, como limite absoluto da intervenção estadual*”. A dignidade humana concretiza a mais importante proposição ideológica de um Estado de Direito, o que não se compatibiliza com a função delimitadora de um bem jurídico, que deve ser fundamento da validade constitucional de uma incriminação. Para o autor, este princípio pode ser apenas legitimamente invocado como fundamento da inconstitucionalidade e não da constitucionalidade de uma incriminação. Por fim, FIGUEIREDO DIAS concretiza que o fundamento da constitucionalidade, pode antes partir dos concretos bens jurídicos em que se substancia a dignidade humana.

No seguimento destas ideias, NUNO BRANDÃO afirma que assumir o princípio da dignidade humana por si só como bem jurídico protegido pela norma do art.º 152.º, acaba por levar a que só estejam abrangidas pelo tipo penal, as condutas que conduzam a vítima a uma condição *infra*-humana, condutas que atingem uma gravidade muito superior aquelas que a norma penal da violência doméstica pretende englobar. Esta assunção da dignidade humana como bem jurídico conduz a problemas, tanto no caso do crime ser classificado como crime de perigo ou crime de dano. Para o autor, caso o crime fosse considerado crime de perigo abstracto, o bem jurídico deixaria de ter utilidade enquanto padrão crítico da interpretação, tendo em conta a vasta amplitude e intangibilidade do princípio da dignidade humana. Caso o

281 Por todos, Ac. STJ 30-10-2003, Ac. TRC 29.01.2014, Proc. N.º 1290/12.1PBAVR.C1 e Ac. TRC 24.04.2012, Proc. N.º 632/10.9PBAVR.C1, Ac. TRE 03.07.2012, Proc. N.º 53/10.3GDFTR.E1, Ac. TRE 08.01.2013, Proc. N.º 113/10.0TAVVC.E1; Ac. TRC 20.01.2016, Proc. N.º 835/13.4GCLRA.C1

282 FIGUEIREDO DIAS, “*O direito penal do bem jurídico...*”, cit., pp. 39 e ss.

283 Sobre a dificuldade em fixar um conteúdo para o princípio da dignidade humana, ver também LUÍS ROBERTO BARROSO, *Princípio da dignidade humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo*, In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 126

crime fosse considerado crime de dano, esvaziar-se-ia a tutela da norma, na medida em que seriam deixadas fora do seu âmbito de aplicação, a maior parte das condutas censuráveis e carentes de protecção, por não levarem a uma lesão na dignidade humana da vítima.

3.2 Hipótese do bem jurídico como conjunto agregado de outros bens face à multiplicidade de condutas pertencentes ao tipo

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, considera que o bem jurídico da violência doméstica é plural, abarcando a *“integridade física e psíquica, a liberdade pessoal e a autodeterminação sexual e até a honra”*²⁸⁴.

Contrapõe-se esta posição à tese de TERESA FÉRIA, que defende que à multiplicidade de condutas que consubstanciam violência doméstica, está presente o denominador comum da *“inflicção de um tratamento ofensivo da dignidade pessoal, com a consequente impossibilidade de desenvolvimento da personalidade, direito fundamental igualmente reconhecido na Constituição da República- artigo 26º n.º 1”*²⁸⁵. Portanto, o tipo incriminador não se reconduz simplesmente à punição das agressões em que se traduzem os comportamentos de violência doméstica, mas à protecção da integridade pessoal, liberdade e segurança da vítima que é ameaçada através da prática das ofensas praticadas.

3.3 Hipótese do bem jurídico como sendo a Saúde

Grande parte da doutrina e jurisprudência²⁸⁶ segue o entendimento de que o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador é complexo, abrangendo a saúde num sentido amplo, o que inclui a saúde física, psíquica e mental. O grande precursor desta tese é TAIPA DE CARVALHO²⁸⁷.

O autor parte da função do preceito, que considera ser a de tutelar não só as manifestas infracções contra a integridade física, mas as ofensas *“tão “subtis” quão perniciosas”*²⁸⁸

284 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 2. Também com o entendimento de que o bem jurídico da violência doméstica se delimita no conjunto de múltiplos bens jurídicos, *vide* Ac. TRE 08.01.2013, Proc. N.º 113/10.0TAVVC.E1:”2- *O bem jurídico tutelado pelo tipo é complexo, incluindo a saúde física, psíquica e emocional, a liberdade de determinação pessoal e sexual da vítima de actos violentos e a sua dignidade quando inserida numa relação ou por causa dela.*”

285 TERESA FÉRIA, *op. cit.*, 2.1

286 Como alguns exemplos de jurisprudência, *vide* Ac. TRP 05/11/2003 Proc. N.º 0342343; Ac. TRL 02.03.2011 Proc. N.º 938/08.7PCCSS.L1-3; Ac. TRP 26.09.2013 Proc. N.º 176/11.1SLPRT.P1;

287 TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, anotação do art.º 152.º, §1, posição já antes defendida na edição de 1999, ainda o crime não estava autonomizado relativamente aos maus tratos.

288 *Ibidem*, nótula antes do art. 152.º, §2

praticadas pelo agente contra a saúde física e psíquica, para o desenvolvimento harmonioso da personalidade ou do bem-estar. Isto faz com que encaixem no preceito condutas que não se incluiriam em mais nenhum crime por si só, bastando que estas afectem a saúde e/ou coloquem entraves ao livre desenvolvimento harmonioso da personalidade ou bem-estar. Diz TAIPA DE CARVALHO que a *ratio* do tipo está na protecção da dignidade humana, através da tutela da saúde “ *bem jurídico este que pode ser afectado por toda uma multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou adolescente, agravem as deficiências destes, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente com este coabitem*”²⁸⁹.

Nesse sentido, PLÁCIDO CONDE FERNANDES considera que a tutela da saúde tem como alicerce o princípio da igual dignidade da pessoa humana, prevista no art.º 1.º da CRP, ao que acresce a garantia da integridade pessoal contra os tratos cruéis, degradantes ou desumanos, consagrada no art.º 25.º da CRP. Para o autor, o bem jurídico protegido será a saúde enquanto manifestação dos princípios referidos, contendo a saúde física, psíquica, emocional e moral. As condutas do tipo objectivo devem ser efectivamente maltratantes, conduzindo à degradação pelos maus tratos, pondo em causa a dignidade da pessoa humana.

Um dos defensores de que o bem jurídico protegido é a saúde é NUNO BRANDÃO. Apesar da crítica do autor à concepção de que a dignidade humana é o bem jurídico em causa já ter sido anteriormente explorada, há que ter em atenção que o autor considera que o desígnio da criminalização da violência doméstica, é o de “*prevenir e reprimir as ofensas que rebaixem de modo socialmente insuportável a dignidade pessoal da vítima*”²⁹⁰, aludindo ao comentário de TAIPA DE CARVALHO. A tese de NUNO BRANDÃO passa pela consideração da saúde nas dimensões de saúde física e psíquica como o bem jurídico, determinado pela norma. Este bem jurídico, concretiza-se na “*protecção de um estado de completo bem-estar físico e mental*”²⁹¹. O autor reforça esta ideia quando fala dos planos da tutela da norma incriminadora, referindo que o “*desvalor potencial fundamentalmente tomado em consideração para justificar esta específica modalidade de incriminação se prende com*

289 *Ibidem*, anotação do art.º 152.º, §1

290 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.7

291 *Ibidem*, p.9

sérios riscos para a integridade psíquica da vítima que podem advir da sujeição a maus tratos físicos e/ou psíquicos, sobremaneira quando se prolonguem no tempo”²⁹².

JORGE DOS REIS BRAVO também aponta para a saúde como bem jurídico protegido. Para o autor, não está em causa somente a incolumidade corporal da vítima, mas *“todos os elementos atinente à sanidade física e psíquica que possibilitem o livre desenvolvimento da vítima”*²⁹³.

No mesmo sentido, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS considera que o bem jurídico é a saúde física, psíquica, mental e emocional. De acordo com o autor, o art.º 152.º do CP é uma das concretizações normativas do princípio consagrado no art.º 67.º, número 1 da CRP. A norma visa a protecção da dignidade e integridade da pessoa, enquanto participante de uma realidade familiar²⁹⁴.

CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA defendem também que o bem jurídico é a saúde física, psíquica, mental e emocional, manifestações do princípio da igual dignidade da pessoa humana, previsto no art.º 1.º da CRP e integridade pessoal e física, previsto no art.º 25.º CRP. Estes princípios projectam-se para a realidade familiar ou conjugal das quais as vítimas são participantes²⁹⁵.

Algumas opiniões criticam esta posição doutrinária ou, pelo menos, apresentam reservas quanto à fixação do bem jurídico como a saúde. TERESA FÉRIA considera que cingir o tipo de crime à protecção da saúde física ou psíquica, carece de suficiente suporte constitucional, sendo que as condutas tipificadas vão contra a integridade pessoal, consagrada no art.º 25.º da CRP que constitui um dos direitos pertencentes ao núcleo de direitos fundamentais o que faz com que, quando violados, contendam directamente contra a dignidade da pessoa humana.

MOREIRA DAS NEVES é uma das vozes que critica esta concepção, pois reputa que esta não cobre a *“dimensão que a Constituição dá aos direitos que aquele tipo de ilícito visa*

²⁹² *Ibidem*, p.11

²⁹³ JORGE DOS REIS BRAVO, *op. cit.*, p. 66

²⁹⁴ Cf. RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp.94 a 96. No mesmo sentido, CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 147

²⁹⁵ Cf. CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, pp. 145 e ss.

tutelar”²⁹⁶. Para o autor, observando as condutas inseridas no tipo incriminador, conclui-se que o crime tutela mais direitos para além da saúde.

A crítica de ANDRÉ LAMAS LEITE vai no sentido de que a interpretação em causa, não só fica aquém das condutas que o legislador criminalizou, como permite que qualquer crime contra as pessoas reconduza à tutela da saúde, ou de uma dimensão da saúde²⁹⁷.

No mesmo sentido das críticas apontadas, e numa posição que já foi anteriormente explanada, SANDRA INÊS FEITOR²⁹⁸ conclui que é a “*vivência relacional e íntima com dignidade*” que o tipo penal protege e não tanto “*a saúde*” da vítima²⁹⁹. A autora tece uma crítica à jurisprudência que considera que o bem jurídico do crime é a saúde, que exige que se prove a intensidade da conduta e se demonstrem as consequências, directas ou indirectas, das ofensas, ou seja, a jurisprudência que exige que a conduta do agente resulte em lesões físicas ou psicológicas para o ofendido. Para a autora, ao tribunal deve bastar a prova de que as agressões foram praticadas, para que a conduta se constitua violência doméstica, não devendo o tribunal exigir que a conduta se traduza em danos para a saúde da vítima, quando a conduta em si, já violou a sua dignidade enquanto membro de uma relação afectiva e/ou íntima.

3.4 Hipótese do bem jurídico como sendo a integridade pessoal

Alguns autores têm o entendimento de que o tipo de crime da violência doméstica pretende tutelar a integridade pessoal. MOREIRA DAS NEVES defende que o bem jurídico do tipo penal parte do art.º 25.º da CRP e se concretiza na integridade pessoal, interesse que pode ser erigido autonomamente como bem jurídico³⁰⁰. O que está em causa, para o autor, é a punição de condutas que “*se manifestam como um exercício ilegítimo de poder (de domínio) sobre a vida, a integridade física, a liberdade, a honre, etc. do outro, caracterizado as mais das vezes por um estado de tensão, de medo, ou de sujeição da vítima (sendo esta bastas vezes reduzida a mera “coisa”)*”³⁰¹.

296 MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit., p. 12

297 Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 49

298 Cf. SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, pp.3 e ss.

299 SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, p.4

300 O autor segue, assim, a tese de FARIA COSTA que autonomiza a integridade pessoal com um bem jurídico. vide JOSÉ FARIA COSTA, *Direito Penal Especial...*, cit., pp. 42 a 51. Em sentido contrário, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op., cit.*, Anotação ao art.º 25.º, I. que coloca em causa a possibilidade da integridade pessoal ser erigido autonomamente a bem jurídico-penal.

301 MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit., p. 13

TERESA FÉRIA, no mesmo sentido, defende que o que a norma da violência doméstica visa tutelar é a integridade pessoal, liberdade e segurança das vítimas perante condutas que têm como fio condutor a afirmação de um poder sobre várias dimensões da vida da vítima e que se afere pelo estado de tensão e medo que se cria nesta³⁰².

NUNO BRANDÃO parece criticar este entendimento, quando refere que considerar que o interesse tutelado é o “*direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante*” merece as mesmas críticas que as expostas em relação à dignidade humana e defende que “*uma coisa é o direito de não suportar determinado comportamento e outra coisa, não sobreponível, é o interesse ou bem jurídico que justifica o reconhecimento de tal pretensão*”³⁰³.

3.5 Hipótese do bem jurídico como o livre desenvolvimento da personalidade e integridade pessoal

ANDRÉ LAMAS LEITE procura um bem jurídico suficientemente extenso para cobrir todas as condutas tipificadas. Para o autor, o bem jurídico concretiza-se no “*asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade de um indivíduo no âmbito de uma relação interpessoal próxima, de tipo familiar ou análogo*”³⁰⁴. A tese do autor vai no sentido de que o bem jurídico protegido pela norma penal é uma concretização dos direitos fundamentais – emanações do princípio da dignidade da pessoa humana- da integridade pessoal, previsto no art.º 25.º da CRP e do livre desenvolvimento da personalidade, expressa no art.º 26.º, número 1 da CRP. De acordo com o autor, a delimitação do bem jurídico a estes valores jurídico-constitucionais, permite abarcar a “*integridade física e psíquica, a liberdade, a autodeterminação sexual, entre outros*”³⁰⁵.

Por forma a responder a eventuais críticas acerca do princípio do “*livre desenvolvimento da personalidade humana*” ser a finalidade última de todo o Direito Penal, ANDRÉ LAMAS LEITE defende que este bem jurídico deve ser projectado na especial relação que o agente mantém com a vítima, que torna a conduta do agente mais reprovável e censurável em termos de culpa e ilicitude³⁰⁶.

302 Cf. TERESA FÉRIA, *op. cit.*, 2.1

303 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.8

304 Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 48;

305 *Ibidem*, p. 50

306 Cf. *Ibidem*, p. 51

3.6 Tomada de posição

i) Relação dos artigos 1.º, 25.º e 26.º C.R.P. com o preceito penal

Analisando a tese de que o bem jurídico protegido é a dignidade da pessoa humana, concordamos com as críticas apontadas anteriormente. Veja-se que a assunção da posição de que a dignidade humana é o bem jurídico que se pretende tutelar, pode ter o efeito oposto àquele pretendido pelos defensores desta tese, dado que a natureza deste princípio permite que apenas se subsumam ao crime condutas com uma gravidade muito superior às que estão contidas no espírito da norma³⁰⁷ e no texto normativo não se manifesta a referência à gravidade especial das condutas. Concordando com as críticas apontadas por NUNO BRANDÃO, não nos parece que a adopção deste bem jurídico como padrão crítico traga a segurança jurídica necessária para a aplicação da norma penal. No entanto, não devemos deixar de afirmar que a dignidade humana está directamente ligada ao preceito, na medida em que consideramos que os maus tratos causam o perigo de se consubstanciarem, na maior parte dos casos, num exercício de poder sobre a vítima ou, no mínimo, uma falta de respeito pela pessoa da vítima, em muitos casos com implicações para o livre desenvolvimento da sua personalidade.

O princípio da dignidade humana encontra-se na base dos direitos fundamentais que mais concretamente se relacionam com o bem jurídico da violência doméstica. Para LUÍS ROBERTO BARROSO, do valor intrínseco da dignidade da pessoa humana retira-se a ideia kantiana de que o ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para a realização de metas coletivas ou de projectos sociais de outros³⁰⁸. Este valor tem interesse no plano jurídico, pois está na base de direitos fundamentais como direito à vida, direito à igualdade, direito à integridade física ou direito à integridade moral ou psíquica. Também relacionado com a violência doméstica, está o elemento da dignidade humana ligado à ideia de autonomia da vontade e capacidade de autodeterminação do indivíduo para decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade, sem imposições externas indevidas³⁰⁹.

O facto da dignidade da pessoa humana ser um princípio intrinsecamente ligado à violência doméstica não implica que se deva exigir um dolo específico por parte do agente de,

307 Vide, os exemplos dados em GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art.º 1.º VIII “*É a dignidade do ser humano entendida como um valor (bem) autónomo e específico que exige respeito e protecção, proibindo-se as penas de morte e a execução de pessoas, a tortura e tratos ou penas desumanas ou degradantes, as práticas de escravidão, de servidão, de trabalho forçado e de tráfico de seres humanos.*”

308 LUÍS ROBERTO BARROSO, *op.cit.*, p. 139

309 Vide, *Ibidem*, p. 141 para um estudo mais aprofundado

com o seu comportamento, querer controlar e dominar a vontade da vítima³¹⁰, ainda que seja uma realidade de grande parte dos casos desta prática de violência.³¹¹ Parece-nos que esse requisito tem sido exigido por grande parte da doutrina e jurisprudência³¹², mas com uma grande diferença de ponderação acerca do que é um comportamento lesivo da dignidade humana. Se a maior parte dos autores não consideram que o bem jurídico é a dignidade da pessoa humana, não se vê razão para este princípio continuar a servir de bitola no caso da determinação ou não da conduta ilícita nos maus tratos, sendo exigido que seja “*possível formular o juízo de que o agente manifestou desprezo, desejo de humilhar, ou especial desconsideração pela vítima*”³¹³. A ligação com o princípio da dignidade humana deve partir da premissa própria de um Estado de Direito Democrático de tutelar o tratamento com respeito entre as pessoas, que se acentua mais quando se está perante uma relação de mais “*difícil escapatória*”, tendo o legislador criado um crime específico para estes casos. O domínio de que se fala não deve ser um elemento subjectivo do tipo adicional, mas faz parte do perigo a que a vítima de violência doméstica está submetida. Não deve, por isto, ser exigida prova de que ao agente exerceu ou tenha querido exercer um poder sobre a vítima. Parece-nos que essa exigência adicional não está prevista na norma legal, nem deve estar, pois a violência doméstica deve cobrir formas de violência menos gravosa, pelo perigo que a conduta dentro da especial relação consubstancia para a vítima.

Acompanhamos a crítica feita por MARIA ELISABETE FERREIRA quando considera que o facto da maior parte da doutrina e jurisprudência considerarem que o agente deve, com a sua conduta o “*com o propósito, o objetivo, ou intenção de exercer domínio sobre a vítima, ou de achincalhar ou diminuir a vítima, ferindo-a na sua dignidade.*”³¹⁴ é um resquício da exigência já apagada do texto legislativo, de que o agente haja com especial

310 Acompanhamos, assim a posição de MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, p. 12

311 Cf. SANDRA FEITOR, *op. cit.*, p. 3 e 4

312 Na doutrina, e com ponderações muito diferentes acerca do que é, ou não, um acto atentatório da dignidade humana, nomeadamente, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.11; TERESA FÉRIA, *op. cit.*, ponto 2.2.1; MOREIRA DAS NEVES, *Violência doméstica...*, cit., p. 13; CARLOS CASIMIRO NUNES/ MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p. 165; TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §1; SANDRA FEITOR, *op. cit.*, p.4. Como exemplos na jurisprudência, Ac. TRG, de 10.09.2012, Processo n.º 1011/11.6BBCL.G; Ac. TRG, de 15.10.2012, Processo n.º 639/08.6GBFLG.G1; TRP, de 29.02.2012, Proc. n.º 368/09.3PQPRT.P1; Ac. TRC, de 16.01.2013, Proc. 486/08.5GAPMS.C1; Ac. TRL, de 02.03.2011, Proc. n.º 938/08.7PCCSS.L1-3; TRE 03.07.2012, Proc. n.º 53/10.3GDFTR.E1; Ac. TRE, 06.12.2016, Proc. n.º 59/15.6 GAVVC.E1

313 Sumário do Ac. TRG, de 15.10.2012, Proc. N.º639/08.6GBFLG.G1

314 MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, pp.12 e 13

malvadez ou egoísmo. A procura de uma relação directa do preceito com a dignidade humana pode ser perigosa, na medida em que cria exigências que não estão presentes no texto da norma e que podem deixar de fora situações que, no nosso ponto de vista, já devem caber na delimitação típica, como iremos analisar *infra*³¹⁵. Por outro lado, não cabe ao Direito Penal cobrir todas as “*faltas de respeito*”, sendo necessário aprofundar o preceito e relacioná-lo com as emanções do princípio fundamental da dignidade humana.

A incriminação do art.º 152.º CP também se relaciona com o princípio do livre desenvolvimento da personalidade, nas suas dimensões de formação livre da personalidade e protecção da integridade da pessoa, para além da protecção do art.º 25.º CRP, na garantia da esfera jurídico-pessoal no processo de desenvolvimento³¹⁶. A pessoa tem o direito de auto-afirmação, contra qualquer imposição de terceiro, e essa protecção também está presente, no sentido em que os maus tratos são actuações contra a liberdade de auto-afirmação da vítima, e liberdade para esta fazer as suas escolhas. No entanto, parece-nos que esta dimensão deve verificar-se no âmbito da conduta e nada acrescenta ao bem jurídico protegido, mesmo que, como ANDRÉ LAMAS LEITE defende, este princípio se projecte na relação especial. Se estamos plenamente de acordo que o bem jurídico se projecta na relação, não consideramos que a projecção deste princípio tão abrangente seja suficiente para dar conteúdo concreto ao bem jurídico.

Na nossa opinião, seguindo as posições de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA³¹⁷ e de JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS³¹⁸, a incriminação do art.º 152.º CP tem como berço constitucional o princípio da integridade pessoal consagrado no art.º 25.º CRP, na medida em que o conteúdo do direito da integridade pessoal consiste no direito a “*não ser agredido ou ofendido, no corpo ou no espírito, por meios físicos ou morais*”³¹⁹ e, mais especificamente do art.º 25.º, número 2.

315 *Infra*, p. 87 e ss.

316 Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art.º 26.º, III

317 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art.º 25.º, VI.

318 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010 anotação ao art.º 25.º, VII, b) pp. 278 e 279

319 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação ao art.º 25.º, I., cf. também, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, anotação ao art.º 25.º, II, pp. 268 e 269

O crime de violência doméstica encontra-se na “*fronteira entre a tutela da integridade física e moral*”³²⁰ e parece enquadrar-se nos “*tratos degradantes ou desumanos*”³²¹.

Apesar de podermos verificar a correspondência axiológica entre os valores tutelados no art.º 152.º CP e os direitos fundamentais contidos no princípio consagrado no art.º 25.º CRP, não parece que a integridade pessoal possa ser apontada como bem jurídico. Atentando ao conteúdo do preceito constitucional, vemos que este constitui uma “*tutela constitucional firme contra quaisquer ofensas à integridade física e moral*”³²², tutelando expressamente a tortura como forma mais grave de ofensa à integridade pessoal. JOSÉ FARIA COSTA, defensor da autonomização da integridade pessoal como bem jurídico, densifica-o remetendo para situações mais graves, que surgem pelas exigências da realidade, potenciadas pelos novos meios médicos, *e.g.* ofensas graves à integridade física que deixam a vítima em coma ou estado vegetativo, ou profundamente traumatizadas, no caso de actos de tortura³²³. O bem jurídico que decorre do direito fundamental da integridade pessoal adequa-se a crimes que “*um pedaço substancial do seu ser (da vítima) – que não pode ser confundido com a integridade física- foi violado, foi tocado, foi desintegrado*”, de maneira a que “*não há nada nem ninguém que o possa reprimar*”³²⁴. E se há casos em que a violência doméstica pode causar estes danos ou tem o perigo de o fazer, há condutas que já são subsumíveis ao crime de violência doméstica que não se elevam a esta gravidade. Considerar que o crime de violência doméstica tutela este bem jurídico, na nossa opinião, leva a problemas semelhantes aos problemas da consideração da dignidade humana ou livre desenvolvimento da personalidade como bem jurídico, reconduzindo-o apenas a ofensas muito graves.

ii) Saúde como bem jurídico

A nosso ver, o interesse que se mostra capaz de realizar com maior exactidão a função de padrão crítico da norma³²⁵ é o direito à saúde. A assunção deste bem jurídico permite a tutela da saúde da vítima no seu sentido mais amplo, englobando a saúde física, psíquica, mental, emocional ou relacional e acaba por permitir que no âmbito punitivo da norma se

320 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, anotação ao art.º 25.º, VIII, b), p. 279. Sobre a tutela da integridade moral *vide* TERESA QUINTELA DE BRITO, *Direito Penal...*, cit., p. 494

321 Para a densificação dos conceitos *vide* GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, anotação do art.º 25.º, IV.

322 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *op. cit.*, anotação ao art.º 25.º, II, p.269

323 JOSÉ FARIA COSTA, *op. cit.*, pp. 42 a 49

324 *Ibidem*, p. 51

325 FIGUEIREDO DIAS, *O direito penal do bem jurídico...*, cit., p.39

englobem condutas que não se incluam noutros crimes e que afectem, ou causem o perigo de afectar o “*completo bem-estar físico e mental*”³²⁶ da vítima. Se este bem jurídico protege a saúde física e psicológica da vítima dos efeitos imediatos das ofensas, também se olha para este bem jurídico na perspectiva da tutela da saúde psicológica e dos efeitos para a integridade psíquica, emocional e relacional da vítima, que se colocam, pela especial relação desta com o agressor. É o perigo para a saúde num sentido amplo, que se visa tutelar com a actuação.

Tendo este entendimento em conta, critica-se a tese que considera que o bem jurídico da violência doméstica é plural, agregando um conjunto de interesses consoante as ofensas que são passíveis de se enquadrar no tipo penal. No sentido de MOREIRA DAS NEVES, defendemos também que a norma penal do art.º 152.º CP não se reduz “*a uma mera qualificação de outros ilícitos típicos que tutelam outros bens jurídicos, em razão da qualidade da vítima*”³²⁷. O que está em causa numa ofensa que se integre no crime de violência doméstica, não é a ofensa ao mesmo bem jurídico caso a conduta fosse exercida contra alguém que não pertencesse ao leque de sujeitos passivos, mas o perigo de afectar a saúde da vítima, não só a nível físico ou psicológico da ofensa em concreto, mas também o perigo da criação de um estado de sujeição, que crie lesões para a saúde psicológica, emocional ou relacional da vítima. Está-se perante um bem jurídico mais abrangente, que engloba a já referida “*pacífica convivência*”³²⁸. Esta protecção vai além da protecção que é conferida no caso das ofensas consubstanciarem crimes comuns e, por isso, as ofensas podem não preencher todos os requisitos para a sua subsunção ao tipo de crime satélite a que corresponderiam (como exemplo, o crime de ameaça³²⁹) porque o que está em causa é a presença da conduta dominadora do outro e o perigo para a saúde que essa actuação representa.

Como demonstrado, este bem jurídico não pode ser dissociado das relações afectivas e/ou íntimas que marcam esta incriminação³³⁰.

iii) Modalidade de ofensa do bem jurídico tutelado

326 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.9

327 MOREIRA DAS NEVES, *Violência Doméstica...*, cit. p.13

328 Como já referido anteriormente, acompanhando a ideia de MARIA ELISABETE FERREIRA

329 *Vide*, TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §7

330 *Vide*, por todos, ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p.51 e CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, p.145

Outra das questões com importância, não só classificatória, mas também com grande relevo prático, é a distinção entre crime de perigo e crime de dano³³¹.

Especificamente quanto à violência doméstica, a doutrina tem opiniões diversas. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e ANDRÉ LAMAS LEITE defendem que o crime em causa é um crime de dano³³². Para ANDRÉ LAMAS LEITE, exige-se a efectiva lesão do bem jurídico pelo elemento literal *infligir maus tratos* e do modo como o legislador quis proteger o interesse tutelado. Numa posição aproximada, TAIPA DE CARVALHO considera que o crime é de perigo ou de dano, consoante a conduta típica do caso concreto. Como exemplos, o autor classifica como crime de dano as situações em que estão em causa privações à liberdade e de perigo no caso de humilhações ou ameaças³³³.

NUNO BRANDÃO classifica o crime como sendo de perigo abstracto, como exigência da realidade criminológica subjacente. O autor aponta para a incompatibilidade político-criminal de deixar de fora do âmbito punitivo do tipo, actos de violência que não determinassem lesões para o corpo da vítima ou que não tivessem como consequência um transtorno na saúde psíquica ou mental³³⁴. Por outro lado, o autor defende que a exigência de efectiva lesão do bem jurídico “*não é sequer sugerida pelo teor literal do tipo de ilícito*”³³⁵, não parecendo que o dano faça parte do tipo. Como exemplos de jurisprudência onde se toma esta posição, salientamos o Ac. TRE, 08.01.2013, Proc. N.º 113/10.0TAVVC.E1 e o Ac. TRE, 28.06.2011, Proc. N.º 32/08.0TAGDL.E1.

O autor concebe então que o crime de violência doméstica é um crime de perigo abstracto, sendo que o motivo da criminalização reside precisamente, na ameaça para a saúde da vítima, e mais especificamente da sua integridade psíquica.

331 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., pp.308 e ss. Nos crimes de dano, a efectiva lesão do bem jurídico é elemento do tipo e condição para a realização do tipo incriminador, no caso dos crimes de perigo, a realização do tipo incriminador não depende da concreta lesão do bem jurídico, bastando que a actuação coloque o bem em perigo. Os crimes de perigo ainda se dividem em crimes de perigo concreto, abstracto e perigo abstracto-concreto, sendo que nos crimes de perigo concreto, o perigo faz parte do tipo, nos crimes de perigo abstracto, o perigo é o motivo da incriminação. Nos crimes de perigo abstracto-concreto, a verificação do perigo não é essencial para o preenchimento do tipo, mas não se pune a conduta, no caso de se provar que o agente tomou todas as medidas para evitar que o bem jurídico fosse colocado em perigo.

332 Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, §2 e ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 43

333 Cf. TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §12

334 Cf. NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.10

335 *Ibidem*, p.10

SANDRA INÊS FEITOR categoriza o delito nos crimes de perigo concreto, considerando que basta que se prove o acto violento para o preenchimento do ilícito típico. À semelhança de NUNO BRANDÃO, a autora considera que não é político-criminalmente comportável classificar o crime como sendo de dano, dado que este crime é muito facilmente silenciado, seja porque o agressor reprime a vítima e a impossibilita de ir ao hospital, a isola dos seus relacionamentos, utiliza técnicas de violência que não deixam marcas, ou outros exemplos³³⁶. SANDRA INÊS FEITOR considera que o acto violento por si, já é intolerável aos olhos da lei e que deve ser punido, cause ou não danos na saúde da vítima, o “*dano não é mais do que uma mera consequência biopsicofisiológica do acto violento*”³³⁷

Tomamos a opinião de que o crime se enquadra na categoria dos crimes de perigo abstracto, tendo em conta a função da criminalização e o bem jurídico que defendemos que a norma penal tutela. Se a função do tipo penal inclui também a punição de maus tratos que se traduzem em agressões subtis e contextos de microviolência continuada, precisamente pelo perigo que essas condutas trazem à saúde da vítima e por serem também formas de o agente exercer domínio sobre a vítima, consideramos que seria contraproducente e contraditório considerar o crime como crime de dano, até porque nada indica na letra da lei que a conduta tenha que produzir efectivamente danos na saúde do ofendido, bastando que se prove o exercício de violência, para se considerar que se criou perigo para o bem jurídico em questão, não sendo necessário prová-lo. O juízo de relevância típica das condutas não deve ser feito em função do dano produzido naquela vítima concreta, se lhe produziu medo, sofrimento ou produziu um abalo ao bem estar físico e psicológico da vítima. A nossa afirmação centra-se na ideia de que admitir que os comportamentos de violência do agente não pertençam à factualidade típica do crime pelo resultado que eles produzem ou pelo facto da vítima (com as características particulares que apresenta) afirmar que a conduta não lhe causou medo ou mal estar físico ou psicológico não tem em conta o desvalor ético social já atribuído à conduta e a necessidade de tutela penal já exigida. Basta que a actuação por si mostre já ser um ataque ou uma agressão que caiba no conceito típico de maus tratos e que se cumpram os pressupostos exigidos para que a conduta tenha relevância típica, caso contrário, a tolerância dos tribunais em relação a esta espécie de comportamentos reduziria inevitavelmente a cidadania e a vivência comunitária³³⁸. Tal como afirma TERESA QUINTELA DE BRITO, a consumação

336 SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, p. 4

337 SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, p.5

338 Ac. TRC de 21.01.2009, Proc. N.º525/06.4GCLRA.C1

do crime de violência doméstica “*não depende de qualquer sentimento de humilhação ou sofrimento por parte da vítima (...)*”. No mesmo sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE defende que “*é indefensável que, em virtude da maior ou menor resistência física do ofendido, estejamos ou não perante a consumação do art. 152.*”³³⁹.

4. Âmbito da tutela penal da violência doméstica: o conceito de “*maus tratos*” como parâmetro da delimitação mínima da incidência objectiva

4.1. Perspectiva naturalística da análise do conceito

A descrição legal do comportamento típico do crime de violência doméstica manifesta-se no conceito de *maus tratos*. Recorrendo à interpretação literal do preceito, retiram-se logo algumas pistas hermenêuticas para o preenchimento do conceito. A lei penal não exige que os maus tratos se cometam de uma forma especial ou com algum grau de gravidade específico para que se preencha o tipo de ilícito objectivo³⁴⁰. Os maus tratos podem ser praticados de forma reiterada ou não, o que implica que o preenchimento do ilícito-típico se pode fazer pela prática de facto único, de execução instantânea, ou por comportamentos reiterados, o que quer dizer que o crime pode ou não ser duradouro³⁴¹, admitindo-se formas alternativas de cometimento³⁴².

Os maus tratos podem, ou não, pertencer à conduta típica de outro crime que com a violência doméstica se relacione. Na busca da determinação do recorte conceptual mínimo da conduta, a questão terá que se colocar, num primeiro momento, no campo da investigação hermenêutica sobre o conteúdo do conceito de “*maus tratos*”.

É pacífico na doutrina que a interpretação dos *maus tratos* se faz no sentido de abarcar os actos com carácter violento, seja qual for a natureza da violência, que pode ser física e sexual, psíquica e emocional, económica ou estrutural³⁴³, como aliás, está previsto na Convenção de Istambul³⁴⁴. A enumeração dos maus tratos prevista no art.º 152.º é meramente

339 Cf. TERESA QUINTELA DE BRITO, *op. cit.*, p. 3 e ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 46.

340 Veja-se a discussão *infra*, pp. 87 e ss.

341 Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p.43

342 Vide CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p. 96.

343 Para aprofundar o estudo das possíveis formas de violência, vide RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p.104; CLÁUDIA ALVES, *op. cit.*, p.4; CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, pp.141 e ss.; TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §6 a §8; NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

344 HILARY FISHER, *op. cit.*, pp. 33 a 37 e Preâmbulo da CI

exemplificativa³⁴⁵ em nome do bem jurídico que a norma visa proteger, como defende TAIPA DE CARVALHO.

Seguimos a opinião de PLÁCIDO CONDE FERNANDES, que classifica o crime como sendo de execução não vinculada, podendo os maus tratos físicos ou psíquicos consistir nas mais variadas ações ou omissões³⁴⁶, só podendo ser praticado por omissão, quando sobre o agente impenda um dever de garante em relação à vítima.³⁴⁷

Os maus tratos físicos referem-se a quaisquer ofensas ao corpo da vítima, incluindo castigos corporais que ultrapassem a causa de justificação, a violência sexual, ou omissões de cuidados indispensáveis à vida, saúde e bem-estar da vítima³⁴⁸. Os maus tratos psíquicos englobam a violência emocional e psicológica, a intimidação, as privações da liberdade, o isolamento social e económico ou as violações à reserva da vida privada³⁴⁹.

Importa verificar se o crime é de resultado ou de mera conduta³⁵⁰, tendo em conta o objecto da acção. O crime será de resultado se o tipo se consumir com a produção de um resultado, será crime de mera actividade na medida em que a consumação se dê com a mera acção. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e TAIPA DE CARVALHO, numa posição que acompanhamos, consideram que o crime é de resultado, excepto quanto às ofensas sexuais, em que o crime é de mera actividade³⁵¹. Em sentido contrário, ANDRÉ LAMAS LEITE é da opinião que o crime é de resultado, pelo que se retira do teor literal da norma que utiliza a expressão “*infligir maus tratos*”³⁵². Somos da opinião que as condutas praticadas devem consumir o crime na mesma medida que se consumariam no crime com o campo de aplicação

345 Por todos, RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, pp.103 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 4; ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 42 e TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, § 6.

346 PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.* p. 306

347 Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 14, TAIPA DE CARVALHO,, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, § 9 e PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, p. 306. *vide*, Ac. TRP de 12.10.2016, Proc. n.º 2255/15.7T9PRT.P1

348 Por todos, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, pp.12-13; RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p 104; CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.93 e ss. e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 10

349 *Vide*, por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, ponto 7, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 13; RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p.104; CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p. 94 e 95 e HILARY FISHER, *op. cit.*, p. 15.

350 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, *cit.*, p. 306

351 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p 2 e TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*,§13

352 ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.* p. 43

correspondente, quanto a este ponto. Não haverá razão para, no âmbito da violência doméstica se exigir a produção do resultado das ofensas sexuais para a consumação do crime.

4.2. Análise crítica aos critérios mínimos de relevância típica conferidos pelo julgador/intérprete

A mera constatação da apetência naturalística para o preenchimento do conceito não basta à imputação objectiva do crime ao agente. A relevância penal depende de uma análise orientada de acordo com as regras de sistematização no quadro da verificação das categorias da teoria geral do facto, designadamente o padrão marcado pelo bem jurídico.

Antes da tomada de posição em relação à ponderação da gravidade mínima dos comportamentos que substanciam a violência doméstica, começamos por debruçar a atenção para a técnica legislativa de englobar como unidade de crime deste tipo penal, uma série de acções.

Como afirma INÊS FERREIRA LEITE, a reiteração dos comportamentos não pode ser fundamento de ilicitude do facto, na medida em que a repetição dos factos lícitos não faz com que estes passem a ilícitos³⁵³. Quando se pressupõe a reiteração de condutas como elemento do facto, esta só pode ser fundamento de punibilidade. A reiteração torna-se, assim, uma medida da intensidade que a conduta no seu todo deve conter para colocar em perigo o bem jurídico. Só desta forma o facto será punível, ou seja dotado de dignidade penal. O facto, avaliado na sua imagem global, não importando o número de condutas naturalísticas em que se pode fraccionar, deve ser dotado da intensidade mínima para preencher a ilicitude objectiva, tendo em conta a sua apetência para colocar em perigo o bem jurídico protegido e a sua dignidade punitiva. O mínimo desse nível de intensidade é altamente discutido na doutrina e jurisprudência.

É no quadro da reiteração das condutas que cabem as situações de microviolência continuada³⁵⁴. Falamos de condutas que se constituem como “ *repetidos atos de violência psíquica que apesar da sua baixa intensidade quando considerados avulsamente, são adequados a causar graves transtornos na personalidade da vítima quando se transformam num padrão de comportamento no âmbito da relação* ”³⁵⁵. Condutas que não encontram

353 Adoptamos o entendimento de INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p. 519

354 Cf., por todos, TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, p.15; RICARDO BRAGANÇA DE MATOS, *op. cit.*, p. 105 e NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.15

355 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.15

garida noutro tipo legal mas que, analisadas no seu conjunto e tendo em conta a imagem global do facto, se inserem nos maus tratos da violência doméstica³⁵⁶.

O crime de violência doméstica tem sido classificado na jurisprudência como *habitual*³⁵⁷. Na nossa opinião, no seguimento de INÊS FERREIRA LEITE³⁵⁸ e CATARINA FERNANDES³⁵⁹, esta classificação não se justifica, na medida em que não se exige, nem nunca se exigiu, que se revele na conduta do agente um “*tendência ou hábito da vontade*”³⁶⁰. Na factualidade típica da violência doméstica não é pressuposto que o agente actue com *habitualidade* ou que a actuação consubstancie um *modo de vida*³⁶¹, elementos que caracterizam os crimes habituais. A referência ao elemento da reiteração é menos exigente³⁶² que no caso dos crimes habituais, pois basta que a pluralidade de actos se desenrole dentro de uma certa “*unidade contextual ou espaço-temporal*”³⁶³. Outra questão que parece justificar o

356 Vide Ac. TRL de 27-2-2008 proc. N.º 1702/2008- 3: “*Somente no quadro de outros comportamentos e com o seu concurso é que se poderá admitir que o repetido bater com força a porta do frigorífico e das louças integre o crime de violência doméstica.*”

357 Cf., por todos, Ac. TRP, 15.06.2016, Proc. N.º 1170/14.6TAVFR.P1; Ac. TRP, 07/10/2013, Proc. N.º RP20130710130/10.0GAMTR.P1; Ac. TRP, de 20.04.2016, Proc. 342/14.8GBSTS.P1; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., p.309; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Criminal...*, cit., p. 148; O CP espanhol prevê um delito habitual para situações de violência doméstica no art.º 173.º, número 2. Gera-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do requisito da habitualidade, nomeadamente, quanto ao número de ofensas mínimas para o seu preenchimento. Vide, MARÍA POZA CISNEROS, *op. cit.*, pp. 100 e s.

358 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, pp. 526 e 527

359 *Ibidem*, p.99

360 Sobre a exigência de prática reiterada até que ela se considere habitual nos crimes habituais vide, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p.314 e s, EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1971, p. 309, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português...*, cit., p.269, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal : à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2015, anotação ao art.º 119.º, ponto 3 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Parte Geral I: Introdução e teoria da lei penal*, Lisboa, Verbo, 1997, p. 317; Contra esta visão, admitindo a incriminação a partir da segunda actuação, vide VALDIR SZNICK, *Delito Habitual*, 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 69 e s.

361 Que anteriormente à reforma de 1995 era exigida para o crime de lenocínio. vide, ANABELA MIRANDA RODRIGUES e SÓNIA FIDALGO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, cit., comentário ao art.º 169.º, §20

362 Neste sentido, vide CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.99 e HELENA MONIZ, *Agravação pelo resultado? Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 423. Sobre o crime habitual cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p.314 e s; VALDIR SZNICK, *op. cit.*; MARINO PETRONE, *Reato abituale*, Padova: Cedam, 1999; EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal...*, cit., vol. I, p. 309, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Direito Penal Português...*, cit., p.269, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição...*, cit., anotação ao art.º 119.º, ponto 3 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português...*, p. 317

363 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 984

afastamento da classificação como crime habitual é que, na violência doméstica, os comportamentos que integram o tipo podem ser penalmente relevantes por si só³⁶⁴.

A multiplicidade da natureza e gravidade das condutas que se podem inserir na factualidade típica através de um contexto de reiteração acirra a complexidade da delimitação da unidade do crime. Situação intrincada, não só pela multiplicidade de posições doutrinárias associadas ao bem jurídico protegido, mas pela a necessidade de conjugação e regulação do relacionamento da violência doméstica com os crimes satélite a esta associados.

i) Tese da exigência de intensidade/gravidade especial da conduta

Uma parte da doutrina considera que os maus tratos dependem de uma gravidade especial, não exigida nas formas de ofensa que correspondem aos crimes comuns que se relacionem com a violência doméstica. No caso concreto torna-se necessária uma avaliação no sentido de verificar se a conduta tem gravidade suficiente para se subsumir à violência doméstica ou, no caso de não corresponder aos critérios de ilicitude, a outro crime que partilhe o campo de aplicação com a violência doméstica³⁶⁵.

ANDRÉ LAMAS LEITE, atendendo às necessidades de segurança jurídica que se impõe no âmbito do direito penal, propõe um critério objectivo de determinação do conteúdo dos maus tratos, de maneira a corrigir o julgamento baseado nos resultados que o comportamento provocou na vítima. Reiterados ou não, os maus tratos devem ser avaliados segundo os critérios presentes no art.º 149.º, número 2 do CP³⁶⁶, que se aplica com as necessárias adaptações aos maus tratos psíquicos. Desta forma, uma ofensa ou um conjunto de ofensas estarão aptas a preencher o conceito de maus tratos do art.º 152.º CP se corresponderem de forma objectiva aos critérios previstos no art.º 149.º, violando o bem

364 O crime habitual costuma constituir-se como “*uma soma de factos que, isolados, não constituem delito*” cf. VALDIR SZ SZNICK, *op. cit.*, p. 55; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Quintiliano Saldaña. - 2ª ed. - Madrid : Reus, 1926, p. 153 e s. GIOVANI LEONE, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli : Eugenio Jovene, 1933, p. 72

365 Para além do especificamente citado, como exemplos de acórdãos que seguem esta posição: Ac. STJ, 02.07.2008, Proc. N.º 07P3861; Ac. TRE, 06.12.2016, Proc. n.º 59/15.6 GAVVC.E; Ac. TRE, 15.12.2016, Proc. n.º 94/15.4 PATVR.E1; Ac. TRE, 18.04.2017, Proc. n.º 817/15.1T9STR.E; TRG, de 06.02.2017, Proc. n.º 201/16.06GBBCL.G; Ac. TRL 13-12-2016, Proc. n.º 1152/15.0PBAMD-5

366 art.º 149.º, número 2 do CP: “2- Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.” Sublinhado nosso. Os critérios previstos serão, assim, relativos à conduta do agente, não tendo em conta o resultado que a conduta provoque. Por outro lado, a adopção deste critério traz a vantagem da utilização de uma “*âncora hermenêutica com expressa previsão legal*”(Ibidem, p.46).

jurídico³⁶⁷. Este será o critério distinguidor entre o crime de violência doméstica e os crimes comuns que a conduta pode preencher.

ANDRÉ LAMAS LEITE define maus tratos como “*lesões graves, pesadas da incolumidade corporal e psíquica do ofendido, diríamos que no campo de tensão entre os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos e a tutela da integridade física e moral*”³⁶⁸ e toma como exemplo na jurisprudência os Ac. STJ de 14.11.1997, Proc. N.º1225/97 e subsequente Ac. TRC de 29.01.2003, Proc. N.º 3827/2002 que defendem que os maus tratos devem ser entendidos como “*factos, isolados ou reiterados, apreciados à luz da intimidade do lar e da repercussão que eles possam ter na possibilidade da vida em comum, coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal*”. Também NUNO BRANDÃO considera que este entendimento jurisprudencial, que também se reflecte, por exemplo, nos Ac. TRP, de 19.09.2012, Proc. N.º901/11.0PAPVZ.P1 e Ac TRC de 28.01.2010, Proc. N.º361/07.0GCPBL.C1, aponta para uma delimitação correcta do conceito de maus tratos.

Para NUNO BRANDÃO, os maus tratos devem ser entendidos como “*ameaça de prejuízo sério e frequentemente irreversível para a paz e bem estar espirituais da vítima*”³⁶⁹. O autor propõe uma delimitação do recorte conceptual dos maus tratos que tenha em conta uma marcada vinculação à sua forma de cometimento. Esta deve ser entendida como desconsideração pela dignidade da vítima, sendo esta desconsideração que agrava a ilicitude e faz transcender o comportamento da classificação de outro crime para violência doméstica³⁷⁰ - o que permite que o tipo penal abarque casos de “*microviolência continuada*”. Quanto à reiteração, o autor aponta para a necessidade das ofensas se constituírem como *habituais* ou *constantes*, admitindo, apesar disso, que dois ou três episódios de violência relativamente espaçados no tempo devam ser considerados violência doméstica, em atenção ao risco qualificado que a situação apresenta para a saúde da vítima. Para o caso da tipologia do facto único, NUNO BRANDÃO demarca o ilícito típico em relação a outras incriminações através de um parâmetro de intensidade da conduta do agente. Intensidade medida de acordo com o

367 Vide, ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, pp. 45 e ss. Recorde-se que, para o autor, o bem jurídico protegido é o livre desenvolvimento da personalidade humana. *Ibidem*, p. 50

368 Vide ANDRÉ LAMAS LEITE, *A violência relacional íntima...*, cit., p. 45

369 Cf. NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 11

370 Esta desconsideração pela dignidade da pessoa humana presente no comportamento deve ser verificada através da análise da situação ambiente e da imagem global do facto, vide, *ibidem*, p. 12

critério da ofensa à dignidade da pessoa ofendida e à possibilidade de a esta se poder imputar um estatuto de vítima³⁷¹. O comportamento único deve ser tal que “*pela sua brutalidade ou intensidade ou pela motivação ou estado de espírito que o anima, seja de molde a ressentir-se de modo indelével na saúde física ou psíquica da vítima*”³⁷².

De uma forma um pouco diferente da apresentada, porque um pouco menos restritiva, mas que se enquadra na mesma linha de pensamento, alguma doutrina acaba por excluir as ofensas únicas com pouca gravidade do tipo³⁷³. Para estes autores nem todas as ofensas, principalmente as que não são praticadas em reiteração, que se subsumem à ofensa à integridade física ou outro crime conexo, como injúrias ou difamação, se enquadram no campo de aplicação da violência doméstica, devendo remeter para os crimes menos graves quando não tenham gravidade suficiente para violar ou colocar em perigo o bem jurídico.

TAIPA DE CARVALHO coloca a tónica da delimitação das ofensas que fazem parte dos maus tratos nos princípios *bagatelar* e de *adequação social*. No caso de um contexto de reiteração, não se exige qualquer gravidade especial, havendo até inclusão de actos que por si não integrariam outros crimes, desde que entre dois ou mais actos não haja um período temporal longo, o que afasta a reiteração ou habitualidade. Quanto ao preenchimento do ilícito objectivo por acto único as condutas, o autor parece concordar que a punição por acto único deve ser realizada em “*casos excepcionais*” e atendendo à possibilidade da conduta traduzir “*crueldade, insensibilidade ou até vingança desnecessária*”. As condutas não podem ser de

371 O autor concorda e cita os critérios jurisprudenciais usados em Ac. TRC de 28.01.2010, Proc. N.º 361/07.0GCPBL.C1, entre outros, nomeadamente Ac. TRP, de 19.09.2012, Proc. N.º 901/11.0PAPVZ.P. Veja-se a argumentação do último acórdão: “ (...) II – (...) não são todas as ofensas corporais entre cônjuges que ali cabem, mas só aquelas que se revistam de uma certa gravidade, só aquelas que, fundamentalmente, traduzam crueldade, ou insensibilidade, ou até vingança desnecessária, da parte do agente e que, relativamente à vítima, se traduzam em sofrimento e humilhação. III - Como a própria expressão legal sugere, a acção não pode limitar-se a uma mera agressão física ou verbal, ou à simples violação de alguma ou algumas das liberdades da vítima, tuteladas por outros tipos legais de crimes. Importa que a agressão em sentido lato constitua uma situação de “maus tratos”. E estes só se verificam quando a acção do agente concretiza actos violentos que, pela sua imagem global e pela gravidade da situação concreta são tipificados como crime pela sua perigosidade típica para a saúde e bem-estar físico e psíquico da vítima. IV - Se os maus tratos constituem ofensa do corpo ou da saúde de outrem, contudo, nem toda a ofensa inserida no seio da vida familiar/doméstica representa, imediatamente, maus tratos, pois estes pressupõem que o agente ofenda a integridade física ou psíquica de um modo especialmente desvalioso e, por isso, particularmente censurável. V - Não são os simples actos plúrimos ou reiterados que caracterizam o crime de maus tratos a cônjuge, o que importa é que os factos, isolados ou reiterados, apreciados à luz da intimidade do lar e da repercussão que eles possam ter na possibilidade de vida em comum, coloquem a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal.” Na crítica, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame...*, cit., p. 1 e 3

372 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 16

373 Seguem esta doutrina, nomeadamente, os Ac. TRC de 15.12.2016, Proc. n.º 55/15.3GCMBR.C1; Ac. TRL de 01.06.2017, Proc. n.º 3/16.0PAPST.L1-9; Ac. TRL de 07-02.2017, Proc. n.º 1816/14.6PFLRS.L1-5

gravidade diminuta, tendo em conta o princípio bagatelar ou de punibilidade e a exigência constitucional de proporcionalidade. Os maus tratos devem ser suficientemente graves para afectar de forma marcante a saúde física ou psíquica da vítima, só assim se pressupõe que a conduta tenha um mínimo de dignidade penal³⁷⁴.

Pelo princípio bagatelar, atendendo à imagem global do facto, conclui-se que este não tem dignidade punitiva, em função das exigências preventivas, ficando aquém do limiar mínimo da dignidade penal³⁷⁵. Para o autor uma acção isolada de pouca gravidade, mesmo que configure uma infracção criminal não deve ser qualificada como crime de violência doméstica, tendo em conta uma “*interpretação teleológica adequada e respeitadora da exigência constitucional da proporcionalidade em matéria de punição penal*”³⁷⁶, dado que o crime de violência doméstica “*além de ter como limite máximo prisão de 5 anos, tem como limite mínimo um ano de prisão*”³⁷⁷.

Com um sentido aproximado, PLÁCIDO CONDE FERNANDES considera que o elemento da reiteração terá que assentar num conceito criminológico que dê lugar a um “*estado de agressão permanente*”, sem que as agressões tenham de ser constantes, embora com uma proximidade temporal relativa entre si. No entanto, uma conduta apenas pode preencher o tipo penal se for praticada com intensidade suficiente para colocar em crise o bem jurídico protegido, notando-se um especial desvalor da acção e do resultado, o que se verificará na análise das circunstâncias do caso concreto³⁷⁸. Com uma forte crítica a este pensamento, nomeadamente, TERESA QUINTELA DE BRITO e MARIA ELISABETE FERREIRA consideram esta posição demasiado restritiva.

Fazendo uma crítica ao Ac. TRP, de 19.09.2012, Proc. N.º901/11.0PAPVZ.P., acórdão que vai no sentido da corrente de pensamento analisada, TERESA QUINTELA DE BRITO defende que o crime não exige especial gravidade, pois o tipo legal deixou de prever um “*especial elemento da atitude*” e a agravação do ilícito já vem precisamente da “*violação dos deveres de especial respeito, solidariedade e cuidado*”³⁷⁹ que regulam as relações do art.º

374 Cf. TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §10 e §11

375 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 280

376 TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., § 11

377 *Ibidem*, *Comentário Conimbricense...*, cit., §11

378 PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, pp. 306 e ss. Apelando também à análise do contexto e do caso concreto para determinar a gravidade do facto único, vide CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, pp.99 e 100

379 Cf. TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame...*, cit., p.3

152.º CP. Neste sentido também advoga MARIA ELISABETE FERREIRA³⁸⁰, que defende que o tipo penal foi criado precisamente pela maior danosidade social entre as pessoas que têm uma relação marcada por um vínculo jurídico-familiar, ou pelo menos afectivo.

Por outro lado, TERESA QUINTELA DE BRITO considera que não cabe ao julgador determinar se as condutas, reiteradas ou não, são aptas a colocar “*a pessoa ofendida numa situação que se deva considerar de vítima, mais ou menos permanente, de um tratamento incompatível com a sua dignidade e liberdade, dentro do ambiente conjugal*”³⁸¹. Ora, se se exige que ofendido se sinta uma vítima mais ou menos permanente, não parece ser possível admitir as condutas únicas no tipo. Esta visão vai também contra a noção anteriormente advogada de que a ofensa não pode depender do resultado da conduta, em função da maior ou menor resistência física e psicológica do ofendido, na medida em que não é o ofendido que se tem que sentir uma vítima. A autora defende que as condutas não têm que ter um carácter violento, abrangendo “*formas subtis de agressão psíquica, emocional, mental e relacional da vítima*”³⁸².

Para MARIA ELISABETE FERREIRA, exigir intensidade da conduta no crime da violência doméstica é um “*pseudo pressuposto*” que não deve ser parâmetro de tipicidade da violência doméstica, na medida em que esta concepção tenta realizar uma interpretação correctiva do artigo, ou pelo menos, criar pressupostos que conflituam com as exigências de determinação da lei penal, próprias do princípio da legalidade³⁸³.

ii) Tese da exigência de ofensa à dignidade da vítima

Outros autores parecem ter uma posição mais ampla quanto à interpretação do conceito de maus tratos, especificamente quanto ao critério de preenchimento do ilícito-típico por condutas únicas e da sua relação com os crimes que com a violência doméstica se relacionam, parecendo ser a verificação da conduta ilícita e da especial relação bastante para a ponderação da actuação do agente com violência doméstica, dispensando-se pressupostos adicionais.

380 Vide, MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, p. 8 a 10

381 Cf. TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame..., cit.*, p.1

382 *Ibidem*, p. 3

383 MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, p.6

TERESA QUINTELA DE BRITO, parece considerar que a ofensa não reiterada, para consubstanciar maus tratos, não precisa de uma gravidade ou violência especial, dado que assumir que a gravidade de um acto, para preencher o tipo objectivo dos maus tratos, deve ser superior a outros tipos legais de crime, vai contra a noção de que a própria “*gravidade da violência doméstica reside logo na violação /desrespeito/ aproveitamento da relação especial entre o agente e vítima*”³⁸⁴. O que importa é a verificação de que a conduta seja um exercício de poder e domínio do agente sobre a vítima, não havendo que verificar a gravidade da ofensa praticada para a incluir nos maus tratos³⁸⁵.

Entre outros autores que defendem a posição da admissão dos maus tratos como ofensas capazes de atentar a dignidade da pessoa humana, atendendo a uma análise ao contexto do caso concreto, pode-se apontar, nomeadamente, CARLOS CASIMIRO NUNES e MARIA RAQUEL MOTA³⁸⁶.

iii) Posição Adoptada

Consideramos que as correntes que preconizam os critérios ilicitude analisados não devem colher.

Dividindo as agressões leves em vários graus para facilitar a exposição do problema, observa-se que, por um lado, há comportamentos, *e.g.*, faltas de educação ou atitudes grosseiras ou de mau gosto³⁸⁷ que, apesar de social ou eticamente reprováveis, não cabem no âmbito de intervenção do Direito Penal por força do princípio constitucionalmente consagrado no art.º 18.º, número 2 CRP da necessidade de tutela penal e da sua compatibilização com as premissas de um Estado de Direito Democrático³⁸⁸. Este limite marca a primeira baliza do ilícito-típico, na medida em que a intervenção do direito penal deve ser necessária e eficaz, reduzindo-se a assegurar as condições da vivência numa sociedade democraticamente

384 *Vide*, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame....cit.*, p.3

385 Com uma argumentação no mesmo sentido, *vide* TERESA FÉRIA, *op. cit.*, 2.2 e SANDRA FEITOR, *op. cit.*, p.4

386 Com a posição de que o que distingue os maus tratos das restantes ofensas que pertencem a outros crimes é a ofensa à dignidade da vítima atendendo ao contexto, *vide* TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame....cit.*, p. 3; CARLOS CASIMIRO NUNES/MARIA RAQUEL MOTA *op. cit.*, pp. 164 e 165 . Na jurisprudência, *e.g.*, Ac. TRE de 30-06-2015, Proc., n.º1340/14.7TAPTM.E1

387 *Vide*, por todos, Ac. TRC de 25.02.2015, Proc. n.º130/13.9 TAIDN.C1; Ac. TRC de 10.07.2014, Proc. n.º 1205/13.0GBAGD.C1

388 *Cf.* MARIA FERNANDA PALMA, , pp. 57 a 59 e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal....cit.*, pp.127 e ss.

organizada e o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa³⁸⁹. O Direito Penal não tem como função, por isso, a regulação da ética ou da moral da sociedade³⁹⁰ e a criminalização dos comportamentos deve ter em atenção a noção de que o direito penal funciona com *ultima ratio* do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático³⁹¹.

Já no campo das ofensas lesivas do bem jurídico, há certos comportamentos que, analisados na globalidade, não representam “*a negação do sentido social contido no tipo de ilícito (...) em que a valoração global da conduta se reflectirá retrospectivamente no sentido da negação da tipicidade por ausência de ilícito material*”³⁹², condição essencial de punibilidade ou de dignidade penal do facto que não se cumpre. Esta noção está ligada à cláusula de adequação social³⁹³ e, como defende FARIA COSTA, “*fornece-nos o ponto a partir do qual a ofensa ao bem jurídico há-de considerar-se relevante, o limiar mínimo [...] a partir do qual é legítimo desencadear a reacção jurídico-penal*”³⁹⁴. Esta cláusula está ligada à noção de tolerância e irrelevância social de determinados comportamentos, exigindo-se ético-socialmente o afastamento da sua censura jurídico-penal³⁹⁵. Não se afigura, por isso, que a cláusula de adequação social possa estar em causa na avaliação da punibilidade dos comportamentos que são passíveis de enquadrarem o crime de violência doméstica³⁹⁶.

389 Vide, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal” como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, Revista portuguesa de ciência criminal, Lisboa,, Abril-Junho 1992 p. 178; FIGUEIREDO DIAS, *O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos da política criminal*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Tomo I, Coimbra: Universidade de Coimbra- Faculdade de Direito, 1984, p. 806 e 807 e *idem*, *Direito Penal...*, cit., p.16

390 Cf., entre outros, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, pp. 32 e ss FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 111 e 112

391 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 128

392 *Ibidem*, p. 676

393 Gira em volta deste conceito uma discussão doutrinária em torno da sua “*arrumação dogmática*” que não cabe no excuro do nosso trabalho. Remete-se para *Ibidem*, p.677 e MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., pp.98 e ss.

394 Cf. FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 69.

395 Vide, Ac. TRC de 21.01.2009, Proc. N.º525/06.4GCLRA.C1; Ac. TRC 09.05.2011, Proc. n.º 79/10.7SBGVA.C1; Ac. TRC 07.03.2012, Proc. n.º 486/10.5GBAND.C 1.; Ac. TRL de 12.04.2011, Proc. n.º 3705/08.4TDLSB.L1-5

396 A menos que praticados num contexto de consentimento, vide, sumário do Ac. TRE, 15.12.2016, Proc. 33/14.0GBADV.E: “*num contexto de brincadeira, diversão ou quiçá rotina romântica de um casal, ainda que fora dos cânones de normalidade*” a que se deve aplicar o art.º 149.º CP. só assim conseguimos conceber

Não acompanhamos, pelo exposto, a ideia de TAIPA DE CARVALHO quando invoca a interpretação do enquadramento da tipologia do facto único no conceito de maus tratos se deva fazer de acordo com o princípio da adequação social.

Quanto aos actos que se consubstanciam num grau de ofensibilidade do bem jurídico que a doutrina e a jurisprudência consideram insignificantes ou ínfimos *e.g.*, um leve insulto, beliscar ou pisar sem força, cortar uma madeixa de cabelo³⁹⁷, deve valer o princípio da proporcionalidade. A estes tipos de ofensas não se tem atribuído dignidade e relevância penal autónoma.

COSTA ANDRADE define dignidade penal como “*a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade*”³⁹⁸. Como defende o autor, a dignidade penal dá guarida a uma série de princípios que limitam a intervenção penal e, neste caso, terá importância na sua vertente transistemática de concretização do princípio constitucional da proporcionalidade em sentido estrito e no ponto de vista axiológico-teleológico do necessário juízo da potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos. A dignidade penal concretiza o conceito material de crime, fazendo a ponte transistemática entre os princípios constitucionais e o direito penal. Este juízo de *gravosa danosidade social da conduta* não tem permitido ao julgador considerar a relevância isolada de uma conduta com esta natureza. Esta questão parece ligar-se com a criminalidade bagatelar, em que a falta de dignidade penal se infere pela imagem global do facto, que é uma tal que, em função das exigências preventivas, o facto fica aquém do limiar mínimo da dignidade penal³⁹⁹. Criminalidade bagatelar que assenta na premissa de que “*não é merecedora de pena a lesão insignificante de um bem jurídico-penal em si mesmo carente de protecção*”⁴⁰⁰.

a possibilidade de qualquer acto de violência como expressão da dignidade da pessoa possa ser considerado adequado socialmente e, por isso, atípico. Sobre o risco permitido *vide* MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral...*, cit., p.99

397 *Vide*, nomeadamente, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Direito Penal...*, cit., p. 496

398 MANUEL COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 184

399 Não iremos tomar parte, por ficar fora do âmbito da natureza deste trabalho, na querela dogmática do enquadramento das figuras da dignidade punitiva e carência de tutela penal na teoria geral do facto. Sobre este tema *vide* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., pp. 280 e ss. e MANUEL DA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, pp. 173 e ss.

A conduta com esta carga ínfima ou insignificante não será suficiente para o preenchimento do ilícito-típico por si só, na medida em que não se traduz na actuação que atente suficientemente contra os valores tutelados. Tal como foi analisado, a conduta é dotada de uma gravidade tão diminuta que, por si, não atinge o mínimo de gravidade para exigir a tutela penal, por não ser susceptível de colocar em perigo o bem jurídico⁴⁰¹. O mesmo não se passa, como já se veio dizendo, quando estas condutas estão integradas num contexto de reiteração, em que a conduta ilícita pode, no contexto iterativo de uma unidade social e sentido, ganhar relevância penal⁴⁰². Neste caso, se a conduta ilícita for simplesmente composta pelo exercício de microviolência, para que as condutas atinjam a gravidade necessária tendo em conta o bem jurídico, ter-se-á de exigir uma conduta frequente para que se crie, numa posição coincidente com a de PLÁCIDO CONDE FERNANDES, um “*estado de agressão permanente*”, sem se exigir que as condutas sejam constantes, apenas próximas entre si.

Outra será a questão se o contexto concreto for composto por ofensas que já assumem relevância penal, ainda que tenham uma gravidade leve, *e.g.*, cuspir na direcção da vítima ou outra forma de injúria, uma bofetada, um soco ou um empurrão⁴⁰³. É aqui que se estabelece a maior querela doutrinária.

A posição adoptada é a de que qualquer ofensa que constitua um ilícito-típico nos crimes comuns deve ser já subsumível à violência doméstica, ainda que num contexto isolado. Esta orientação encontra-se nos Ac. TRL de 15.04.2015, Proc. n.º 303/13.4PPLSB.L1-3; Ac. TRL de 18.10.2016, Proc. n.º 1316/12.9PFLRS.L2-5; Ac. TRL de 31-06.2016, Proc. n.º 249/14.9PAPTS.L1-5 e Ac. TRL 23.04.2015, Proc. n.º 469/13.3PBAMD.L1-9.

Rejeita-se a ideia de que a violência doméstica é um tipo agravado face aos crimes comuns que com esta possam partilhar o campo de aplicação objectivo. Uma interpretação no sentido de uma relação tipo base/tipo agravado não parece colher, na medida em que o bem jurídico, os graus de ilicitude e a estrutura dos crimes são diferentes. Veja-se que o bem jurídico da violência doméstica é muito mais abrangente. A acrescentar a isto, verifica-se que

400 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p. 676

401 *Vide*, INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p. 519 e p. 527, nota 2108

402 Como indicado anteriormente, *vide*, Ac. TRL, 02/27/2008, Proc. n.º 1702/2008-3

403 Cf. Ac. TRC, 21.01.2009, Proc. n.º 525/06.4GCLRA.C1; Ac. TRL, 12.04.2011, Proc. n.º 3705/08.4TDLSB.L1-5; Ac. TRC, 25.02.2015, Proc. n.º 130/13.9 TAIDN.C1; Ac. TRC, 23-03-2011, Proc. n.º 759/09.0PAOVR.C1

não há equiparação entre as estruturas do crime e da sua sanção. A nível processual, o exercício da acção penal depende, nos crimes comuns “*satélite*” de queixa ou de acusação particular, enquanto que, no caso da violência doméstica, a legitimidade do Ministério Público não depende de nenhuma destes requisitos.

Pela própria tipicidade é válido supor que os comportamentos que abrangem a violência doméstica são muito mais abrangentes que os comportamentos representados nos crimes satélite, em nome do bem jurídico e da especificidade do tipo. Parece-nos que o crime surge porque se considera que há um grau maior de ilicitude, tão maior que justifica um crime autónomo e específico na prática de ofensas que colocam em perigo a integridade física e psíquica da vítima com que o agente tem uma relação de intimidade ou proximidade, nos termos das alíneas do art.º 152.º, número 1⁴⁰⁴. Quanto à sanção, o tratamento também é diferente, na medida em que a maior parte dos crimes satélite menos graves admitem pena de multa, que não é admitida na violência doméstica, que tem um conjunto de penas acessórias que também não estão acauteladas no caso dos crimes comuns.

O conceito “*mau trato*” significa *a acção de maltratar*.⁴⁰⁵ Este conceito é um indicador da extensa multiplicidade naturalística de condutas que pertencem à tipicidade objectiva do crime. No entanto, ao nível dos critérios hermenêuticos da norma penal, o intérprete tem que ter em conta as exigências de legalidade e tipicidade, princípios base em todo o campo do Direito Penal. Parece-nos que a interpretação feita no sentido da criação de “*pseudo pressupostos*” de intensidade ou gravidade colocam em causa o princípio da legalidade⁴⁰⁶, na sua vertente de teleologia garantística do tipo penal, apresentando dificuldades em conjugar-se com a característica exigida de que este seja objectivamente determinável⁴⁰⁷.

Desta forma, não se vê como pode o julgador criar conceitos para a integração dos comportamentos na norma, dado até que, recorrendo aos elementos de interpretação das normas, elemento sistemático, elemento histórico ou elemento teleológico, nada na norma

404 Vide neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame...*, p.3

405 Sobre as regras de interpretação das normas penais vide, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p.5. Para um estudo do conceito material de crime vide também MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Conceito Material de Crime...*, cit, pp. 35 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 108 e ss.

406 Neste sentido, MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, p.6

407 Cf. FIGUEIREDO DIAS, *op.cit.*, p. 186

indica que a conduta tem que assumir uma gravidade especial, não devendo o intérprete fazer valorações ou criar critérios.

Para além do exposto anteriormente, deve-se notar que a avaliação da gravidade das condutas deve ser tida em conta para efeitos de determinação do grau da ilicitude do facto, como previsto no art.º 71.º, número 2, alínea a), ou seja, para efeitos da determinação da medida da pena, e não para questões de tipicidade, excepto nos casos em que o legislador assim o prevê, referindo que a subsunção depende, por exemplo, “*especial perversidade ou censurabilidade ou perversidade da conduta*”, o que não é o caso.

Contando também que a interpretação do art.º 152.º deve ser feita de acordo com os instrumentos internacionais que vigoram em Portugal, nos termos referidos *supra*⁴⁰⁸. Falamos, principalmente, da Convenção de Istambul, que prevê, com clareza, que a violência doméstica não tem a ver com gravidade ou reiteração. Esta convenção pretende estabelecer uma política de *tolerância zero* quanto a comportamentos consubstanciadores de violência doméstica que define, relembramos, como “ *«Violência doméstica» abrange todos os atos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem na família ou na unidade doméstica, ou entre cônjuges ou ex-cônjuges, ou entre companheiros ou ex-companheiros, quer o agressor coabite ou tenha coabitado, ou não, com a vítima*” (sublinhado nosso).

Reforça-se a ideia de que o crime é específico, sendo que a norma penal da violência doméstica não foi criada com vista à protecção de casos graves de violência, mas em função do nexó relacional que entre a vítima e o agente se estabelecem. O tipo tem a função de proteger uma realidade cuja ilicitude vem da especial relação – “*que deve ser de especial respeito, solidariedade e cuidado*”⁴⁰⁹ - e não da própria gravidade da conduta ou da reiteração dos comportamentos ilícitos. Tanto é assim que o legislador criou um crime próprio só para a violência praticada entre pessoas que partilhem aqueles contextos relacionais. Como defende MARIA ELISABETE FERREIRA, a ilicitude mais grave traduz-se, não só no perigo de afectação da saúde e bem estar da vítima a um nível que não aconteceria se fosse perante outro relacionamento, mas também do interesse em que a convivência entre as pessoas com um nexó relacional afectivo ou próximo, presente ou pretérito, seja pacífica. Não dependendo, por isso, a incriminação da violência doméstica de qualquer elemento objectivo ou subjectivo especial de ilicitude, de conduta com elevada gravidade ou perigosidade ou de tentativa do

408 Cf. *supra*, pp. 52 e s.

409 TERESA QUINTELA DE BRITO, *Correcção do Exame...*, p. 3

agente de exercer domínio sobre a vítima, sendo que o perigo para o bem jurídico decorre já da própria prática da ofensa.

Pelo que ficou exposto, não concordamos com as posições analisadas anteriormente, porque não têm em conta a especificidade do crime, causada pela maior ilicitude da violência no contexto relacional. Parece-nos uma noção restritiva do conceito de maus tratos, sem haver nenhuma necessidade político-criminal que se adivinhe, contribuindo esta visão para a revitimização e uma forte descrença no sistema judicial⁴¹⁰. Parece-nos que a moldura penal mais elevada atribuída à violência doméstica advém precisamente da maior gravidade na violência no âmbito das relações de proximidade ou dependência. Esta noção não pode ser ignorada e deve ser tida em conta. Por outro lado, defendemos que as situações de eventual desproporcionalidade estão acauteladas por figuras aplicáveis no caso, como a suspensão provisória do processo.

Até porque a tomada de posição por uma corrente que assuma a criação de critérios de especial gravidade pode levar a um perigo de impunidade das ofensas leves por questões processuais, o que não corresponde às exigências político-criminais de protecção de quem é vítima de ofensas dentro de um contexto relacional especialmente protegido, embora esta questão possa ser contornável.

A correcta qualificação jurídica dos factos na acusação é uma questão que assume um papel fulcral na prática jurisprudencial, nomeadamente, pelas exigências de legitimidade para o exercício da acção penal por parte do Ministério Público que constam no art.º 48.º do CPP. Em termos gerais, o objecto do processo nas fases jurisdicionais é delimitado pela acusação. A acusação é a pretensão em juízo, deduzida pelo Ministério Público, na qual este “*requer ao tribunal a submissão a julgamento do acusado em conformidade com as disposições legais aplicáveis e que também indica*”⁴¹¹. A alteração, por parte do tribunal, da qualificação jurídica em fase de julgamento dos factos descritos na acusação, ou porque os factos considerados provados se traduziram noutro enquadramento jurídico- penal ou por diferente consideração por parte do tribunal dos mesmos factos, em regra não se traduzirá em problemas processuais. A regra é a aplicação do art.º 358.º, número 3 do CPP, que equipara a alteração da qualificação jurídica ao regime da alteração não substancial dos factos⁴¹². No entanto, importa atentar que, se olharmos para a natureza processual dos crimes satélite da violência doméstica,

410 Vide, SANDRA INÊS FEITOR, *op. cit.*, p. 4, no sentido desta crítica.

411 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português, vol. I*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2013, p. 367

grande parte são crimes que semipúblicos (*e.g.* crime de ofensa à integridade física, art.º 143.º do CP e de ameaça, art.º 153.º do CP) e, portanto dependem de queixa, ou crimes particulares (*e.g.* de injúria, art.º 181.º do CP ou de difamação, art.º 180.º do CP conjugados com o art.º 188.º do CP), dependendo de acusação particular. No caso de o arguido vir acusado de um crime de violência doméstica e, no julgamento forem provados apenas factos bastantes para o arguido ser considerado autor de um crime particular ou semipúblico, há que atender ao preenchimento dos pressupostos de legitimidade da intervenção do Ministério Público.

No caso de alteração da qualificação jurídica de violência doméstica para crimes particulares, cumpre verificar a conformidade do processo com as exigências dos crimes com esta natureza, nomeadamente, a dedução de acusação particular pelo assistente, como previsto no art.º 50.º e os crimes semipúblicos dependem de queixa, como consta no art.º 49.º do CPP.

Sobre as consequências da alteração da qualificação jurídica nos termos enunciados a jurisprudência e a doutrina não são unânimes, havendo alguma doutrina considera que não tendo havido constituição como assistente ou não tendo havido dedução de acusação particular, como previsto no art.º 285.º CPP, a ilegitimidade do Ministério Público para prosseguir a acção penal é insanável e o arguido é absolvido do crime particular que lhe é imputado⁴¹³. Outras posições há que aceitam a convolação caso alguns pressupostos estejam preenchidos⁴¹⁴. No entanto, a assunção da posição por nós defendida evita este problema, que hoje tem grande expressão nos tribunais.

De fazer notar que esta criação de requisitos de especial gravidade conduz à arbitrariedade do julgador, consequência praticamente inevitável, dada a “*total ausência de critérios materiais de unidade normativo- social*”⁴¹⁵ e a falta de delimitador mínimo seguro.

Numa nota conclusiva, parece-nos que o intérprete/julgador deve desenvolver o pensamento de acordo com a evolução da lei, a política-criminal e instrumentos internacionais, sendo o mais importante, neste caso, a Convenção de Istambul, procurando não cair em conceções antigas e adaptando-se à evolução da imagem social e típica do crime.

412 Sobre esta matéria, *cf.* GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 368 e ss. e PAULO DE SOUSA MENDES, *op. cit.*, p. 147. Falamos da acusação mas aplicar-se-á no caso de requerimento de abertura de instrução por parte do assistente. *vide*, art.º 287.º, número 1, alínea b)

413 *Vide* Ac. TRE, de 15.12.2016, Proc. n.º 33/14.0 GBADV.E1.

414 *Vide*, Ac. TRP, de 27-04-2016, Proc. n.º 780/13.3GALSD.P1 sobre esta querela

415 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p. 527

O legislador já não aceita critérios de gravidade especial, objectivos ou subjectivos para a subsunção dos comportamentos à violência doméstica. Uma interpretação do conceito de maus tratos abrangente e livre de exigências de ilicitude do tipo parece-nos uma evolução, no sentido da já referida, “*conexão do Direito Penal com novos direitos ou com novas perspectivas sobre direitos.*”⁴¹⁶

PARTE II- PLURALIDADE DE INFRACÇÃO NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

I. Ponto de chegada na interpretação da ilicitude típica da violência doméstica: a relação do tipo penal com crimes com moldura penal menos grave

O estudo do capítulo anterior permite-nos já descortinar um dos problemas associados ao concurso de infracções que ganham relevo no tipo penal em estudo. Falamos da relação de especialidade entre este tipo penal e outros, com moldura penal menos grave, que deixam de ser aplicados por força da relação especial que convoca o tipo incriminador da violência doméstica. Esta questão, concluiu-se, resolve-se com a interpretação do tipo penal, aplicando-se a violência doméstica sempre que esteja em causa uma relação estipulada no tipo. Por nossa parte, defendemos que se atentarmos ao caso e ao tipo de ilícito verificamos que a relação que se estabelece entre os tipos é sempre de especialidade.

Para TAIPA DE CARVALHO, do confronto da violência doméstica com os tipos penais menos graves que a compõe resulta uma relação de consunção, dado que “*a gravidade do ilícito da violência doméstica consome ou absorve o ilícito*” dos tipos menos graves, como por exemplo, a ofensa à integridade física simples. Isto porque a tutela do bem jurídico conferida por cada um destes diversos tipos legais também é conferida pelo tipo da violência doméstica. Perante certos casos concretos, o autor considera que a relação é de especialidade, se se entender que um único crime de ofensa à corporal simples ou de sequestro simples, por exemplo, configura violência doméstica. O critério que vai distinguir as relações é o confronto entre a globalidade de cada um dos tipos aplicáveis ao caso concreto⁴¹⁷.

No nosso entendimento, consideramos que a especialidade se verifica sempre na relação do tipo penal com o crime menos grave, na medida em que o crime menos grave é totalmente absorvido, subordinado ou incluído pelo tipo da violência doméstica. Esta é a

⁴¹⁶ Vide, *supra*, p.10

⁴¹⁷ TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, cit., §26, p.528

lógica associada com a violência doméstica. Ainda que as relações entre normas não devam ter uma importância fulcral na determinação do crime, sendo esta uma questão instrumental.

A especialidade faz parte do núcleo de relações lógicas entre normas que dão origem a formas de unidade do crime ou de lei. É uma das figuras que fazem parte das formas não cumulativas de concurso⁴¹⁸. FIGUEIREDO DIAS considera que a relação de especialidade “*existe sempre que um dos tipos legais integra todos os elementos de um outro tipo legal e só dele se distingue porque contém um qualquer elemento adicional, seja relativo à ilicitude ou à culpa*”⁴¹⁹. A especialidade funciona, de acordo com a tese do autor, numa lógica de subordinação.

Para CRISTINA LÍBANO MONTEIRO as relações entre normas deixam de ter aplicação na lógica do concurso de ilícitos e dão lugar ao “*critério dogmático material do concurso*”⁴²⁰ que não se encontra acorrentado às afinidades abstractas entre normas que pré determinam soluções. O juiz deve seleccionar o tipo de ilícito que prepondera no caso e verificar se o sentido intrínseco do preceito abarca suficientemente o inteiro significado criminal do comportamento a julgar, ou se, por outro lado, existem outros tipos que exigem convocação, em ordem a satisfazer conteúdos de desvalor que reclamem em concreto uma consideração suplementar, autónoma. A norma a seleccionar advém do labor dogmático próprio da categoria da ilicitude, parte da procura pela correspondência entre o sentido do caso e o sentido da norma, e também a um correcto juízo de imputação do facto ao agente e a que título, da indagação de possíveis fundamentos justificativos, da ocorrência de algum erro que possa excluir o dolo, da forma tentada ou consumada da infracção, etc. O critério do ilícito pessoal conduz a soluções de acordo com a justiça material, sem ser necessário “*acertar*” o critério lógico⁴²¹.

Parece ser adequado dizer que, seguindo a lógica do concurso de ilícitos, os casos concretos também conduzirão à convocação da violência doméstica, isto se se seguir a

418 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 827

419 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p.994

420 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, p.308

421 *Ibidem*, p. 309

interpretação defendida de que o conteúdo pessoal-objectivo de antijuridicidade da conduta menos grave só se pode inserir no âmbito da violência doméstica⁴²².

No caso, estamos perante um contexto de prevalência do tipo qualificado sobre o fundamental. Tipo qualificado pela especial relação entre o agente e vítima em que, tanto a solução dada pela doutrina tradicional, como o critério da pertença do conteúdo do ilícito simples ao significado intrínseco do tipo qualificado coincidem na solução de não concurso, aplicando-se o ilícito mais grave.

Relembra-se que INÊS FERREIRA LEITE defende que as relações lógicas entre normas possuem uma natureza meramente instrumental e que a especialidade não reside num mero processo lógico-dedutivo em que se aplica a norma com mais elementos típicos realizados pelo facto jurídico, contrariamente ao defendido por FIGUEIREDO DIAS. O que se procura é aplicar a norma que revele uma maior proximidade e identificação normativo-social com o caso concreto. Depois de verificar a unidade normativo-social do facto, deve-se escolher a norma cujo tipo social melhor se adequa ao caso concreto através da ponderação da predominância dos juízos normativo- sociais⁴²³. Também segundo esta tese, se a interpretação for aquela que por nós é adoptada, se imputa ao agente um crime de violência doméstica em detrimento de crimes menos graves.

O único problema de especialidade que assume grande relevância no campo da violência doméstica é a discussão do âmbito típico da violência doméstica em contraposição com o campo de aplicação dos crimes de ofensa à integridade física ou outro crime com esta relacionado. Poder-se-á afirmar que a posição adoptada anteriormente, de aplicar o art.º 152.º a todas as situações que caibam na ofensa à integridade física simples esgota o sentido do art.º 145.º, número 1, alínea a) quando conjugado com o art.º 132.º, número 2, alínea b) e, em parte, a alínea c). Segue-se, quanto a este tema, a posição de CARLOS CASIMIRO NUNES, MARIA RAQUEL MOTA e MARIA ELISABETE FERREIRA, que afirmam que entre estes tipos há uma relação de concurso de normas ou aparente. Os autores defendem que estas duas normas se encontram em relação de especialidade, uma vez que o tipo legal previsto no art.º 152.º é mais abrangente que os artigos 143.º ou 145.º. Desta forma, o art.º 152.º aplicar-se-á em detrimento do art.º 145.º, dado que o art.º 152.º tutela de um bem jurídico pluriofensivo, que

422 *Ibidem*, p.312

423 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 332. A autora recusa a aceção de que as relações lógicas entre normas contém inscritas as suas condições de aplicação. *cf. op. cit.*, vol. I, pp. 818 e s.

protege reflexamente uma especial relação de confiança e/ou de convivência posta em perigo ou efetivamente lesada com a prática da conduta típica⁴²⁴. Parece-nos que o tipo da violência doméstica é o tipo que melhor abarca o conteúdo do ilícito objetivo- subjectivo dos casos de violência contra as pessoas elencadas no art.º 152.º.

II. A relação da violência doméstica com os tipos penais com moldura penal mais grave. Termos da subsidiariedade

Outro dos pontos importantes das questões de unidade e pluralidade de crimes na violência doméstica é a regra de subsidiariedade expressa que consta do número 1 do art.º 152.º CP, que prevê que, no caso dos maus tratos inseridos num dos contextos especialmente protegidos corresponderem a crimes com uma pena mais grave, aplica-se esse crime, preterindo-se o tipo penal da violência doméstica. Esta figura tem sido bastante criticada na doutrina e apresenta uma querela doutrinária na sua interpretação.

TAIPA DE CARVALHO critica a opção do legislador, na medida em que nos casos mais graves de violência doméstica fica sem efeito a especial protecção característica do tipo penal da violência doméstica, não havendo diferenciação entre a perpetração do crime numa situação fora ou dentro do contexto especialmente protegido. O autor sugere que o legislador acrescente a agravação da pena aplicável ao crime mais grave em um quinto, ou um terço dos limites mínimo e/ou máximo. Por outro lado, o autor também critica o descuido do legislador, que parece não ter em conta a possibilidade de aplicação das penas acessórias, que é posta de parte com aplicação do crime mais grave. No entanto, o autor propõe uma interpretação teleológica extensiva, permitindo ainda assim a aplicação das penas acessórias no crime mais grave em que se materializou a violência doméstica⁴²⁵. PLÁCIDO CONDE FERNANDES também critica a regra em análise. Entende o autor que este preceito não prossegue os fins da autonomização da incriminação. Se a incriminação pretende traduzir um reforço na protecção de certo grupo de pessoas, não fará sentido retirar protecção especial logo nas situações em que a conduta do agente revela mais ilicitude, ficando a protecção enfraquecida. Perde-se a força simbólica preventiva proclamada com a incriminação e perde-se a possibilidade de aplicação do conjunto de penas acessórias previstas⁴²⁶. A crítica de NUNO BRANDÃO segue

424 CARLOS CASIMIRO NUNES/ MARIA RAQUEL MOTA, *op. cit.*, pp.159 e s. e 167 e MARIA ELISABETE FERREIRA, *op. cit.*, pp.10 e 11

425 TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense...*, *cit.*, §228 e §29, pp.529 e s.

426 PLÁCIDO CONDE FERNANDES, *op. cit.*, pp. 313 e s.

os mesmos fundamentos dos autores anteriormente considerados⁴²⁷. No mesmo sentido na crítica, ANDRÉ LAMAS LEITE sugere que se continuem a aplicar as penas acessórias nos casos de subsidiariedade expressa, dado que os fundamentos de culpa e de prevenção são os mesmos e as penas acessórias constituem um elemento de enorme valia⁴²⁸.

LUÍS DUARTE D'ALMEIDA defende que os casos de subsidiariedade expressa devem seguir um regime de punição idêntico ao da continuação criminosa, uma vez que consubstanciam formas de concurso ideal⁴²⁹. Enquanto que a doutrina tradicional, na qual se inclui EDUARDO CORREIA, exclui a aplicação da norma preterida por completo, no concurso ideal de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA o que se exclui na subsidiariedade expressa é o concurso efectivo. A conexão que se verifica nestes tipos de crime leva a que não haja a possibilidade de punição em regime de concurso efectivo e leva a que os dois crimes sejam punidos com a moldura legal que, em abstracto, é a mais grave dos dois tipos incriminadores em conexão, ou seja a do tipo com pena superior ao da violência doméstica⁴³⁰.

FIGUEIREDO DIAS considera a relação de subsidiariedade funciona numa lógica de interferência ou sobreposição. É um contexto de unidade de lei, baseado numa relação lógico formal que se resolve pela aplicação do tipo incriminador que preveja uma moldura penal mais grave. Neste caso, não se devem aplicar as penas acessórias do tipo preterido, dado que este não é concretamente aplicável ao caso⁴³¹. É a partir desta noção que se desenvolvem as críticas de NUNO BRANDÃO⁴³².

ANA BARATA DE BRITO defende que a regra da subsidiariedade deve ser aplicada sem desprimir da punição pelo crime de violência doméstica no restante comportamento, no caso de o haver⁴³³. INÊS FERREIRA LEITE segue também esse entendimento, dado que quando um dos comportamentos que constituem maus tratos, dentro de um contexto de

427 NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, pp.17 e s.

428 ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p.48

429 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, *op. cit.*, p. 115

430 *Ibidem*, p. 117

431 FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp.997 e s. e 1002 e ss.

432 *cf.* NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p.18, nota 52

433 ANA BARATA DE BRITO, *O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária*, 2014

reiteração, permita a verificação de um tipo penal mais grave, este deve ser punido em concurso efectivo com o crime de violência doméstica. A gravidade, neste caso, é motivo de cisão face à unidade normativo social da violência doméstica. Só se preterindo a violência doméstica quando não haja mais comportamentos a valorar, para além do acto isolado tipicamente previsto num tipo penal mais gravoso⁴³⁴.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO interpreta a subsidiariedade expressa como um apelo do legislador a que o intérprete atente no conteúdo da lei, não determinando resultados de unidade ou pluralidade de normas. Limita-se a assinalar o percurso da análise do sentido de antinormatividade da conduta. Para o tipo legal ser preterido, é necessário analisar se o tipo penal preponderante satisfaz as necessidades preventivas criadas pela conduta antijurídica⁴³⁵.

Quanto à eficácia do preceito afastado, a autora conclui que este não deve ter influência no sancionamento da conduta. O conteúdo penalmente relevante do caso basta-se com a aplicação do tipo incriminador convocado e não sobre matéria típica a sancionar, sendo o comportamento todo absorvido pela tipicidade do tipo incriminador. Aplicar a sanção do tipo preterido é “*contradizer na consequência jurídica o que se afirmou na valoração da conduta*”⁴³⁶. Esta afirmação estende-se à sanção acessória, por força do princípio da legalidade criminal: *nulla poena sine lege*. No entanto, se estivermos perante um contexto em que o facto mais gravoso envolve o facto menos gravoso e a norma penal do facto mesmo gravoso prevê sanções acessórias, estas podem ser aplicadas no caso da unidade objectivo- subjectiva de sentido convocar o enunciado normativo mais gravoso que não as preveja⁴³⁷. Parece-nos ser o caso da violência doméstica e dos tipos com moldura penal mais gravosa, que representam uma qualificação face ao crime base. Tomamos a posição de que a relação da violência doméstica com o tipo penal mais grave traduz-se numa questão de tipo qualificado que não prevê as penas acessórias do tipo base.

INÊS FERREIRA LEITE afirma que no caso de um acto isolado a que corresponde pena maior que a da violência doméstica opera a regra da subsidiariedade, por haver unidade normativo-social, prevalecendo o tipo com moldura penal mais abrangente. A autora defende

434 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, pp. 343 e s.

435 CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 324 e ss.

436 *Ibidem*, p.235

437 *Ibidem*, p. 235

que na maioria dos casos não chegará a haver violência doméstica perante actos únicos e isolados⁴³⁸. Esta interpretação diverge da defendida na nossa tese, na medida em que consideramos que qualquer ofensa, desde que não tenha intensidade mínima ou insignificante, preenche já o tipo da violência doméstica. Parece-nos que os dois tipos têm pretensões punitivas válidas, mesmo no caso de acto isolado em que o agente fique sujeito a um tipo penal com pena mais grave que a violência doméstica.

Defendemos que considerar que se está perante um caso de unidade de lei pura será uma visão demasiado formalista. Na nossa opinião, estamos perante um caso em que o tipo base prevê penas acessórias que o tipo qualificado por lapso não prevê, ainda que não estejamos numa situação de especialidade. O que não retira a legitimidade de valoração da existência da especial relação para a determinação da medida da pena e, por outro lado, continua a permitir a aplicação dos penas acessórias, uma vez que o tipo incriminador preterido na medida da pena não deixa de ter uma legítima pretensão de regulamentação do caso⁴³⁹. A aplicação das penas acessórias não vai contra o *ne bis in idem*, dado que não há duplicação funcional da pena⁴⁴⁰. A função da pena acessória, que adquire um valor de prevenção essencialmente especial, não é a mesma que a função da pena principal, que toma a função de prevenção geral positiva e prevenção especial negativa⁴⁴¹. A pena acessória tem por vista a garantia de finalidades mais específicas de prevenção especial negativa e positiva, finalidades ainda jurídico-penais.

Tomamos a posição, numa lógica aproximada à de TAIPA DE CARVALHO, de que a relação especial entre agente e vítima deve ser valorada na medida da pena, bem como as penas acessórias se devem aplicar ao caso, dado que os crimes com moldura penal mais grave funcionam numa lógica de qualificação face ao tipo penal da violência doméstica, que será o crime base. As necessidades de específicas de protecção da vítima mantêm-se, bem como as necessidades de prevenção especial positiva, funções que correspondem às penas acessórias do crime de violência doméstica. Assim sendo, não nos parece também que o princípio da proibição da dupla valoração esteja aqui em causa, uma vez que as penas têm funcionalidades

438 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 344

439 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p.295

440 Sobre a diversidade funcional da medida sancionatória, *vide, op. cit.*, vol. I, pp. 496 e ss. e vol. II, pp. 599 e ss.

441 *Ibidem*, vol. II, p. 605

diferentes. A racionalização da intervenção do poder punitivo público parece-nos, assim, assegurada.

Pode afirmar-se que esta posição vai contra o princípio da legalidade, apesar disso, pela interpretação que propomos do tipo, as ofensas que levam à aplicação de uma pena mais grave correspondem ao tipo social da violência doméstica, não defraudando as expectativas do agente sobre os limites de qualquer um dos sentidos de ilicitude típica que correspondem aos ilícitos pelo agente violados⁴⁴².

III. Necessidade de intervenção do legislador na resolução do problema do concurso homogéneo na violência doméstica

1. Exposição do problema

Resta a análise da questão porventura mais intrincada do tipo penal da violência doméstica. Sabendo que o ilícito objectivo prevê a reiteração das condutas, criando situações de concurso aparente perante um contexto de prática de vários factos jurídicos autónomos, será que essa abrangência é *ad eternum*, incluído todas as situações independentemente dos contextos, ou existem formas de quebrar a unicidade do crime? Por outras palavras, tendo em conta que o crime não é habitual ou prolongado, até onde vai a unidade social de sentido criada pelo legislador?

A maioria dos casos que são levados aos nossos tribunais são situações de violência iterativa, com episódios de violência física ou psicológica, distribuídos pelo tempo, ao longo de anos⁴⁴³. É a reiteração dos factos que conduz à maior degradação da saúde da vítima num sentido amplo sustentada pelos estudos que já se referiram anteriormente, e que aumenta o clima de medo, desconforto e submissão da vítima. Sentimentos incompatíveis com a pacífica convivência relacional que defendemos que se protege. É neste panorama social que se constrói o tipo penal em causa⁴⁴⁴, mesmo que actualmente se admita a relevância penal de

442 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 989 e 1027

443 *Vide*, NUNO BRANDÃO, *op. cit.*, p. 14; ANA BARATA DE BRITO, *op. cit.*, p. 10; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, p.340. Na jurisprudência, como exemplos, Ac. TRC, 06.07.2005, Proc. N.º 17713/05; Ac. STJ 05.04.2006, Proc. N.º 06P468, o Ac. TRP, de 29.03.2017, Proc. n.º 632/16.5GAALB-A.P1 em que a violência se desenrolou ao longo dos 30 anos de relação conjugal, Ac. TRC, de 09.03.2016, Proc. n.º 48/15.0GBLSA.C em que o a violência decorreu ao longo de 10 anos, ou Ac. TRG, de 19-11-2015, Proc, n.º1242/14.7GBBCL.G1 em que são imputados ao comportamento do agente maus tratos que ocorrem do ano de 1978 até 2015.

444 *Vide*, TERESA BELEZA, *op. cit.*, p. 19. Também NUNO BRANDÃO afirma que a maior parte dos casos concretos abrangidos pela norma e levados aos tribunais nacionais consubstanciam situações de habitualidade de comportamentos violentos. *Cf.*, *op. cit.*, p. 15

facto único, o que se compreende porque a violência neste contexto relacional deve ser intolerada de forma especial desde o primeiro momento. No entanto, observa-se que a boa vontade do legislador e a prática jurisprudencial tem suscitado algumas vozes de descontentamento no que toca à delimitação do crime.

Apesar da recusa de classificação como crime habitual, a estrutura típica da violência doméstica está desenhada para abarcar a prática de comportamentos reiterados, o que conduz a que, embora não tenha de ser assim, “*o protraimento da consumação adquira uma fisionomia própria e diferenciada*” daquela que se verifica na generalidade dos factos criminosos que apresentam carácter episódico⁴⁴⁵.

No crime de violência doméstica, perante um contexto concreto de múltipla actuação, a regra tem sido que todas essas acções integrem uma “*unidade contextual*”⁴⁴⁶ ou “*unidade social de sentido*”⁴⁴⁷ que assenta no nexó relacional relevante. O facto persiste e a consumação protraí-se para além do primeiro momento em que se reúnem os elementos exigidos por lei para a existência do crime e punibilidade do agente⁴⁴⁸. No caso, “*todos e cada um dos actos singulares perpetrados pelo agressor na vítima integram esse crime, nele se esgotando ou esgotando e não evidenciando relevância própria para o preenchimento da tipicidade (...)*”⁴⁴⁹.

Muitas correntes da doutrina defendem que não se deve fazer depender a unicidade do facto das categorias abstractas dos crimes⁴⁵⁰ e concorda-se com a afirmação. No entanto, no caso do tipo penal em estudo, a unidade passa por uma imposição legal⁴⁵¹.

Como vimos, a noção de “*um único crime*” construída por INÊS FERREIRA LEITE é independente dos regimes do concurso efectivo e concurso aparente. Defende a autora que o conceito é determinante para a definição da proibição de dupla valoração, mas não interfere na decisão ou técnica legista de punir um conjunto de factos jurídicos independentes e

445 LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p.621

446 *Vide*, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p.984 e CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.97

447 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I p.526

448 *Vide*, LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p. 566; CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p. 99

449 *Cf.* Ac. TRP, de 07.10.2013, Proc. Nº RP20130710130/10.0GAMTR.P1

450 Ainda que com posições muito diferente, por todos, *cf.* FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*,cit., pp. 987 e s. ; INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, p.1027 e vol. II, p. 148;

451 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, pp. 261 e 343, nota 5331

autónomos entre si num só único tipo incriminador. Há, então, uma diferença dogmática entre o conceito de mesmo crime para efeitos de *ne bis in idem* e concurso de tipos incriminadores⁴⁵². É o caso da violência doméstica, construída como uma “*unidade normativo-social, tipicamente imposta*”⁴⁵³. O tipo penal prevê a prática de condutas de forma reiterada, ao longo de dias, semanas, meses ou anos, desde que cada uma dessas condutas não possa ser autonomizada.

Esta técnica legislativa cria vários problemas, que se podem emprestar do pensamento de INÊS FERREIRA LEITE acerca do crime continuado e do trato sucessivo⁴⁵⁴. A autora aponta como factores negativos “*o risco de flexibilização dos critérios probatórios quanto aos factos que vão ser determinantes para o cálculo da pena*”, “*a possibilidade de contabilização de um número arbitrário ou aleatório de crimes*” e a “*insuficiência da moldura legal quando seja elevada a gravidade e a culpabilidade do agente*”⁴⁵⁵.

A autora, no contexto da figura do *trato sucessivo*, realiza um raciocínio que cremos poder aplicar-se analogicamente à questão em mãos. INÊS FERREIRA LEITE considera que a imputação de um só tipo incriminador num contexto de condutas reiteradas, durante vários anos, contra a mesma vítima, sujeitando-o, consequentemente e apenas à moldura penal de um só tipo poderá ser objectivamente injusto. Pode ficar em causa o “*mandado de apreciação esgotante do ilícito*”, o que faz com que se procurem critérios de cisão da unidade que, dada a continuidade naturalística, padecerão de arbitrariedade⁴⁵⁶.

Há que referir, apesar disto, que a mera análise da dificuldade de divisão de um comportamento reiterado numa pluralidade de crimes não deve bastar para a conclusão pelo *favor rei*. Basta atentar no que nos interessa: no objecto do processo e nos prazos prescricionais. Quanto ao objecto do processo, é certo dizer que haverá mais tolerância quando, durante o processo penal, se adicionem factos novos incluídos na unidade criminosa, esses factos podem vir a ter importância fulcral na quantificação da pena, nos termos do art.º

452 *Ibidem.*, vol. II, p. 261

453 *Ibidem.*, vol. II, p. 343

454 *Vide, Ibidem.*, vol. II, p. 320, a autora estende estas desvantagens às unidades típicas de reiteração, na qual se inclui a violência doméstica.

455 *Ibidem.*, vol. II, pp. 319 e s.

456 *Ibidem.*, vol. II, p. 317

71.º do CP, apesar da consequente efeito consuntivo do caso julgado⁴⁵⁷. Outra componente do regime da unidade criminosa com uma importância fulcral é a questão dos prazos prescricionais. A aglutinação de toda a actuação do agente num bloco único, não o cindindo em diversos crimes em concurso homogéneo permite que se fundamente a punição em condutas que já teriam prescrito de outra forma⁴⁵⁸, o que se mostra bastante importante tendo em conta o fenómeno em questão e a situação das vítimas. Como ANA BARATA DE BRITO afirma, trata-se de uma realidade que muitas vezes se dá a conhecer “*numa fase tardia do desenrolar da violência*”⁴⁵⁹.

Como se pôde analisar anteriormente, a reiteração encontra reflexos no tipo social, e nesta medida concordamos com INÊS FERREIRA LEITE⁴⁶⁰. Não teria que ser assim necessariamente, se esta não tivesse sido a opção legislativa tomada. No entanto, o tipo aglutina uma data de outros tipos incriminadores autonomamente considerados, aplicando ao caso apenas um tipo de crime, excepto nos casos de possibilidade de cisão da unicidade.

Com base no critério da identidade normativo-social do facto, INÊS FERREIRA LEITE enumera certos factores que impõe a pluralidade criminosa⁴⁶¹, em sentido aproximado aos critérios de FIGUEIREDO DIAS⁴⁶². A autora individualiza os critérios no caso específico da violência doméstica. Os critérios de cisão da unidade do facto que a autora defende são os “*períodos prolongados de bom comportamento, quebras de contacto com a vítima, sujeição do agente a um processo crime ou à aplicação de uma pena*”⁴⁶³. Defendemos também a aplicação destes critérios.

Quanto ao critério dos períodos prolongados de bom comportamento, a autora defende que a quebra da proximidade temporal, que não se confunde com a exigência de uma conexão temporal forte, é um factor de cisão por si só, uma vez que quebra a imagem de continuidade

457 Vide, *ibidem.*, vol. II, p. 143 e pp. 751 e ss.

458 *Ibidem.*, vol. II, p. 144 e p. 320 e PAULO PINTO D'ALBUQUERQUE, *Código Penal...*, cit., Anotação ao art.º 119.º, p. 452 e ss.

459 ANA BARATA DE BRITO, *op. cit.*, p.11

460 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 343, nota 5331

461 *Ibidem.*, vol. II, p. 162 e ss.

462 Vide, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., pp.

463 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 343

e de manutenção do contexto e teologia comportamental próprios da união social de sentido. Este factor também é defendido por FIGUEIREDO DIAS⁴⁶⁴. A mesma coisa parece acontecer com as situações de quebra de contacto com a vítima na medida em que se quebra o contexto de continuidade em que se desenrola o crime.

Por outro lado, o caso da intervenção perturbadora do poder punitivo público é um factor de cisão na medida em que, caso não se admitisse, estar-se-ia a garantir impunidade ao agente por actos posteriores à acusação, completamente injustificada.⁴⁶⁵ Por outro lado, quando o agente é confrontado com o exercício do poder punitivo escolhe, ou cessar a actividade, ou renová-la, sendo que a renovação leva, nesta medida a um novo crime⁴⁶⁶.

Mesmo defendendo a aplicação destes critérios, há situações de manifesta injustiça que merecem análise. Falamos de situações de clara inadequação da pena ao conjunto de factos praticados, na medida em que o desvalor do resultado excede a previsão do tipo, por consequência da unidade ou pluralidade do crime estar refém da técnica legislativa utilizada.

ANA BARATA DE BRITO expõe a questão incisivamente. A autora critica a prática jurisprudencial que tem operado no sentido da imputação invariável ao comportamento do agente de apenas um crime de violência doméstica, sem se ter em conta a extensão e os contornos do caso concreto. A contradição que a autora expõe é clara: um tipo especialmente protector de determinado contexto relacional acaba por, dada a técnica legislativa adoptada e em situações de violência iterativa por períodos muito prolongados, resultar na aplicação de uma pena menor que no caso de imputação ao comportamento do agente das dezenas de crimes satélite correspondentes em concurso efectivo. A crítica apresentada faz-se mesmo tendo em conta o quadro legal de protecção mais abrangente da violência doméstica, nomeadamente a aplicação das penas acessórias a este crime associadas, a natureza pública do crime, o regime de detenção e medidas de coacção e o estatuto atribuído à vítima. A opção jurisprudencial é, na opinião da autora, *contra legem* e favorece o arguido⁴⁶⁷.

464 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, cit., p.

465 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 169

466 *Ibidem*, vol. II, p. 170

467 ANA BARATA DE BRITO, *op. cit.*, p. 11 e p. 17

O agente que pratica um conjunto de comportamentos que consubstanciam um crime mais gravoso é beneficiado face ao agente que pratica tais factos fora do contexto especialmente protegido, o que é um contrassenso, completamente desfasado da função do tipo⁴⁶⁸. Não ponderar o concurso homogéneo é, para a autora, frustrar a *ratio* do tipo, transformando um tipo penal desenhado para ser “*patamar mínimo punitivo*” em “*patamar máximo punitivo*”⁴⁶⁹, beneficiando o infractor.

Veja-se que um agente que pratique durante dez anos uma série de comportamentos violentos, reiterados ao longo dos anos, comete um só crime. Por outra parte, quem exerça maus tratos contra a mesma vítima durante três anos, interrompa durante seis anos e volte a praticá-los durante um ano é punido por dois crimes. O quesito encontra-se no conteúdo de antinormatividade das condutas, manifestamente diferente, em que aquele que representa uma gravidade maior é menosprezado pela visão meramente formalista de subsunção do comportamento em bloco à norma, uma vez que esta prevê a reiteração das condutas.

INÊS FERREIRA LEITE na crítica à técnica legislativa do crime habitual, que se aplica em parte à violência doméstica enquanto unidade típica, também considera que se criam dificuldades no campo de tensão entre o *ne bis in idem* e a questão concursal. Aglutinar desta forma os contextos, abarcando as condutas reiteradas sem fazer referência a nenhuma “*unidade de medida máxima*” da unidade do crime não permite a distinção entre unidade e concurso efectivo, na relação do crime consigo próprio. O crime em estudo carece de critérios materiais de unidade normativo-social o que leva, consequentemente, a uma inevitável aleatoriedade na delimitação da unidade do crime, ou mesmo a uma invariável unidade do crime, independentemente da extensão⁴⁷⁰. O crime padece de uma “*continuidade intrínseca*” altamente criticada pela autora⁴⁷¹.

2. Opção da resolução do problema pela via do critério da gravidade das condutas

Defendem esta posição ANA BARATA DE BRITO e CATARINA FERNANDES. As autoras seguem o entendimento assente jurisprudencialmente de que um comportamento

468 *Ibidem*, p.10

469 *Ibidem*, p.15

470 *Vide*, INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I p.527 e s., p. 855, p. 1028 e vol II p. 317 e 320

471 *Ibidem*, vol. II, p. 125 e ss.

único pode ser subsumível ao tipo da violência doméstica, desde que tenha intensidade e gravidade suficiente.

ANA BARATE DE BRITO delinea várias formas de condutas típicas, considerando que o tipo se pode preencher por três grupos, que podem ser conjugados na avaliação da conduta global imputada ao agente⁴⁷². Em primeiro lugar, o tipo pode ser preenchido por grupos de condutas que seriam atípicas fora da incriminação do art.º 152.º CP, mas que adquirem relevância típica à luz da norma. Seguidamente, a autora aponta as situações em que o acto isolado de pouca gravidade configura já uma infracção criminal, mas que não pode ser qualificado como violência doméstica, à luz do critério da intensidade. Por fim, a autora enumera as situações que, só por si, já seriam típicas e vistas isoladamente tipificariam vários outros crimes em concurso efectivo, mas a apreciação global dos factos leva ao enquadramento no tipo do art.º 152.º CP. Por esta forma se conclui que o crime não é duradouro ou permanente, dado que o elemento não é exigência do tipo.

A autora considera que o tratamento mais correcto do concurso homogéneo da violência doméstica incidiria na autonomização dos actos que, isoladamente considerados, têm intensidade suficiente para se subsumirem ao crime da violência doméstica. Resolve-se a questão do concurso efectivo homogéneo do tipo penal atendendo às diferentes formas de preencher a ilicitude objectiva do crime, aos critérios orientadores de FIGUEIREDO DIAS para a determinação de situações de concurso homogéneo efectivo e em atenção às particularidades do caso concreto⁴⁷³.

No seguimento da posição anteriormente designada, CATARINA FERNANDES defende que deve imputar-se ao agente um crime de violência doméstica por cada acto isolado sempre que esse comportamento revista só por si gravidade ou intensidade suficiente, ainda que se integre num contexto que se prolongue no tempo e constitua um padrão de comportamento do agressor no seu relacionamento com a vítima. Desta forma, em vez de um crime de violência doméstica que, ao fim e ao cabo, acaba por ser um crime duradouro, imputar-se-ão diversos crimes de violência doméstica instantâneos em concurso efectivo homogéneo⁴⁷⁴.

472 ANA BARATA DE BRITO, *op. cit.*, p.13

473 *Ibidem*, p.16

474 CATARINA FERNANDES, *op. cit.*, p.104

3. Impossibilidade de resolução pela via do critério da intensidade

INÊS FERREIRA LEITE, opõe-se ao critério da gravidade da conduta proposto no ponto anterior como solução. Já analisámos que a autora defende que não pode um elemento do tipo objectivo, isoladamente considerado, ser fundamento de multiplicidade criminosa⁴⁷⁵. A autora defende que “*a mera prática de um ataque mais gravoso não tem por efeito a cisão da unidade normativo-social, principalmente quando se mantenha a convivência entre o agressor e a vítima e não haja qualquer denúncia às autoridades*”⁴⁷⁶. A recusa da aplicação do critério da gravidade da conduta como factor de cisão da unidade do facto resulta da aceção de que a gravidade do resultado, por si só, é valorada apenas em sede de culpa⁴⁷⁷.

LOBO MOUTINHO, como vimos anteriormente, integra a violência doméstica no crime habitual, o que não desmerece o seu raciocínio no nosso caso, onde as suas considerações se aplicam, uma vez que estudamos o caso em que a “*consumação do crime se protraí no tempo por força da multiplicidade de actos reiterados*”⁴⁷⁸. O autor debruça-se sobre a questão concreta da extensão temporal do facto estritamente unitário e a consideração do tipo de crime no grau de ilicitude do facto.

Parece-nos correcto retirar a ilação de que o autor considera que a reiteração prolongada no tempo está integrada e prevista no tipo de crime da violência doméstica, o que permite que o facto criminoso se integre numa reiteração de actos separados no tempo, pelo que a reiteração de comportamentos é esgotada pelo tipo e deve influir na variação do grau de ilicitude do facto⁴⁷⁹. Desta forma, a prática de actos sucessivos não multiplica o facto.

A extensão da conduta para além da estrutura essencial do crime não dissolve a unidade criminosa, sendo considerada uma mera variação da estrutura accidental, simples “*variação do facto concreto dentro dos limites do tipo legal quem com ela conta e a esgota em uma aplicação singular e exclusiva, mantendo-se o facto, enquanto realização típica*

475 INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, p. 123, 125 e s., 233 e 263, por exemplo

476 *Ibidem*, vol. II, p. 343

477 *Ibidem*, vol. II, p. 263

478 LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, p.617

479 *Ibidem*, p.622

*estritamente unitário*⁴⁸⁰. No caso da extensão ser manifestamente elevada, o autor afirma que cada elemento do facto não se define a si mesmo, mas depende concomitantemente do seu entrosamento com os demais elementos na unidade vital do crime. Um simples excesso cronológico do comportamento criminal por si só, e desde que alcançado pelos restantes elementos do facto, é de considerar como circunstância e não determina qualquer momento de multiplicidade no facto.

4. Posição adoptada: desígnio legislativo acompanhado de um critério legislativo

O desígnio do trabalho não é tomar posição sobre uma das teses de unidade e pluralidade de crimes aqui explanadas, dado que consideramos que apenas se analisaram parcialmente, naquilo que poderia interessar ao nosso estudo. Apesar disso, tomamos uma posição mais próxima das concepções de FIGUEIREDO DIAS, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO e INÊS FERREIRA LEITE, que consideram que se deve atender ao “*sentido social de ilicitude do comportamento global*”, aos “*concretos juízos de ilicitude pessoal*”, ou ao “*sentido normativo-social do facto*”⁴⁸¹, ainda que os caminhos tomados por estes autores sejam bastante diferentes.

A violência doméstica é um crime criado, não só para tipificar condutas que isoladamente consideradas não seriam típicas, como para aglutinar um conjunto alargado de condutas violentas que já por si constituíam factos típicos. Esta junção de matéria ilícita surge do panorama social verificado, retirando a conduta do âmbito dos “*crimes comuns*” e criando um “*patamar mínimo punitivo*”. Ou seja, uma ofensa à integridade física contra, por exemplo, um cônjuge, um filho, um pai que com o agente habite e que enquadre o conceito de “*pessoa particularmente indefesa*” não revela meramente desvalor da ofensa, mas já se enquadra num plano punitivo mais gravoso, que carece de uma tutela maior. Só deixa de se enquadrar nesse âmbito quando a conduta praticada contra o ofendido couber pena mais grave, e nos termos já estudados anteriormente.

No caso de comportamento violento, praticado de forma homogénea, que revele algum dos factores de cisão da unidade criminosa, definidos por INÊS FERREIRA LEITE ou FIGUEIREDO DIAS, a questão resolver-se-á nos termos já enunciados. No entanto, no caso de comportamento violento, mas não o suficiente para integrar a estrutura típica de um tipo

480 *Ibidem*, p. 648

481 FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, pp. 988 e ss.; CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 188 e ss. e p. 285 e INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. I, pp. 938 e ss.

com moldura penal mais grave, reiterado ao longo de anos, em que não é possível identificar nenhum factor de cisão, um tipo que é considerado mínimo punitivo torna-se um “*patamar punitivo máximo*”, na medida em que há contextos em que a pena seria maior se o tipo penal não existisse, dado que os tipos penais preteridos acabariam por concorrer em concurso efectivo.

O tipo penal da violência doméstica assemelha-se às figuras do crime continuado e de trato sucessivo. Ambas são modalidades de unidade criminosa. No caso do crime continuado trata-se de uma unidade criminosa ficcionada, que deriva da diminuição da culpa do agente em virtude de uma forte solicitação exterior. No caso do trato sucessivo, esta é uma figura criada jurisprudencialmente, em que a gravidade do crime é medida em função da ilicitude global do comportamento, analisado de forma unitária, decorrendo esta unificação da dificuldade de contabilização dos crimes, perante um contexto de reiteração. No caso da violência doméstica, a unidade é tipicamente imposta perante uma reiteração de comportamentos que constituiriam crime autonomamente considerados, não se esgotando a tipicidade nesta modalidade de violação da norma. Em todos os casos, estamos perante crimes executados de forma homogénea, sob a mesma unidade resolutive⁴⁸².

A aplicação da figura do trato sucessivo aos crimes sexuais é altamente criticada, tendo sido já recusada pela jurisprudência do STJ⁴⁸³. Cada “*relação sexual*” deve ser vista como um crime autónomo. Já a unidade, no caso da violência doméstica, apesar de ser também um crime que tutela bens jurídicos pessoais, é uma criação legislativa, que constitui uma qualificação face aos crimes comuns. A ilicitude e a maior gravidade da reiteração encontra-se prevista no tipo penal.

O problema está nas situações de inadequação da pena ao facto. Como vimos, INÊS FERREIRA LEITE admite que a gravidade não pode ser critério de cisão, dado que não admite que um conceito jurídico autónomo, desprovido de sentido social possa servir de critério de cisão da unidade. A uma conclusão semelhante chega LOBO MOUTINHO, apesar de ter fundamentos diferentes. O autor considera que um só elemento do facto não deve ser

482 vide, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. e INÊS FERREIRA LEITE, *op. cit.*, vol. II, pp. 125 a 162 e 316 e ss.

483 Vide, a favor do trato sucessivo aplicado aos crimes sexuais, Ac. STJ, de 23.01.2008, proc. n.º 07P4830; Ac. STJ de 14.05.2009 Proc., n.º 07P0035; Ac. STJ de 29.11.2012, proc., n.º 862/11.6TAPFR.S1, com um voto de vencido do juiz conselheiro MANUEL BRAZ; Afastando essa posição, por todos, Ac. STJ de 12.06.2013, proc. n.º 1291/10.4JDLSB.S1 e Ac STJ de 17.09.2014, proc. n.º 595/12.6TASLV.E1.S1

definidor da cisão da unidade criminosa. Tendemos a concordar com estes autores. A gravidade da conduta deve ser tida em conta na determinação da medida concreta da pena, nos termos do art.º 72.º, número 2, alínea a) do CP e não deve ser, só por si factor de cisão do facto. Partindo do princípio que a nossa posição rejeita o requisito da especial intensidade do facto único para a subsunção da conduta à tipicidade da violência doméstica, também se assume que a gravidade não pode ser requisito de unidade ou pluralidade de condutas, a menos que assim esteja tipificado na lei penal.

Aceitar este conceito, para além da dificuldade axiológica de valoração de um elemento de medida da ilicitude como factor de cisão da unidade criminosa só por si, conduz também à arbitrariedade de decisões. Veja-se que o tipo não prevê nenhum nível de gravidade específico para a cisão da unidade. Do texto legal não parece deduzir-se que a gravidade especial é elemento de cisão da unidade, porquanto o tipo prevê que os actos reiterados no tipo. A expressão “*de modo reiterado ou não*” não admite a cisão pelo nível de gravidade, na medida em que “*ou não*” parece referir-se ao mau trato isolado, que deve ser punido. Tendo em vista a interpretação defendida, consideramos que a adopção deste critério violaria o princípio da legalidade⁴⁸⁴. Consideramos que a gravidade, por si só considerada, se esgota no tipo.

Pensamos que o facto da unidade criminosa ser juridicamente determinada através da técnica legislativa utilizada faz com que não haja outra solução, sem ser o estabelecimento de um critério normativo de limite da extensão do tipo. Defendemos que este critério pode traduzir o aumento da moldura penal do tipo a partir de certo período de prática reiterada de maus tratos, aproximando-se este regime punitivo do crime de sequestro, previsto no art.º 158.º do CP, por forma a deixar incólume a garantia do prazo prescricional. Noutra proposta, também se pode solucionar a questão pelo estabelecimento de um critério legislativo de cisão da unidade⁴⁸⁵. Um critério que imponha limites especiais de pluralidade de execução de actos típicos não autónomos, que se baseie no cálculo da medida da pena dos tipos penais que a violência doméstica absorve. Este critério objectivo resolveria o problema do “*limite punitivo máximo*” da violência doméstica e estabelecia um limite típico de cisão de uma unidade social de sentido tipicamente estabelecida.

484 LEAL-HENRIQUES, SIMAS SANTOS, *op. cit.*, p. 89

485 Como defende LOBO MOUTINHO, *op. cit.*, pp. 494 e 520

CONCLUSÕES PRINCIPAIS

Concluída a dissertação, cumpre afirmar que consideramos que cada uma das vertentes do problema analisadas no trabalho é digna do seu estudo individualizado. No entanto, o estudo da temática proposta, obrigou necessariamente a uma passagem sobre todos os assuntos que abordámos. Uma melhor compreensão dos critérios da unidade criminosa e dos elementos que compõem o tipo penal permitiram partir para o estudo da intersecção dos problemas.

Definiu-se o crime como sendo específico, tanto próprio como impróprio, em função da relação do agente com a vítima. Quanto ao âmbito subjectivo passivo, analisaram-se as relações pretéritas, que suscitam mais dúvidas de interpretação. Neste caso, defende-se que as condutas violentas não possuem de um prazo de subsunção ao crime da violência doméstica depois do término do relacionamento, desde que a motivação do agente ocorra em função da relação passada.

Afirma-se que a influência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do livre desenvolvimento da personalidade e da integridade pessoal alcançam crime de violência doméstica. O bem jurídico do crime é a saúde, entendida no sentido lato do bem estar físico e mental, sendo que o crime também tutela a pacífica convivência entre as pessoas integradas nos nexos relacionais constantes do tipo. Defendemos a classificação do crime como de perigo abstracto.

Quanto ao conceito de maus tratos, rejeitam-se os critérios da especial gravidade da conduta única e desconsideração para com a dignidade da vítima, em função de uma interpretação que consideramos conforme com o ilícito típico e com a Convenção de Istambul. O apego do julgador aos critérios da especial gravidade da conduta tem raiz nos preceitos anteriores, já afastados pelo legislador. Mostra até algum preconceito do julgador, numa época de consciencialização progressiva sobre a gravidade da violência doméstica.

A interpretação defendida reconduz a generalidade das situações de violência com o cunho da especial relação ao tipo penal da violência doméstica, não havendo, à partida, espaço para a aplicação de tipos com moldura penal menos grave. Não há espaço, assim, para a aplicação do art.º 145.º, número 1, alínea a), na remissão para o art.º 132.º, número 2, alínea b) e c).

Quanto à relação do crime com outros de pena mais elevada, defende-se que a prática do facto mais grave é um factor de cisão da unicidade do crime, ou seja, deve concorrer em concurso efectivo o crime mais grave e a violência doméstica, a imputar ao resto dos comportamentos praticados pelo agente que não saiam das directrizes do tipo. No caso de facto único, defende-se que se devem aplicar as penas acessórias da violência doméstica ao caso, por estarmos numa situação em que o tipo qualificado que não prevê as penas acessórias do tipo base, pelo que estamos perante um facto que constitui violência doméstica, mais grave do que aquela que está estatuída no tipo penal base.

A violência doméstica, enquanto unidade tipicamente imposta, tem menos espaço para a cisão da sua unidade do crime, no qual cabem situações de violência podem perdurar durante anos. Apesar disso, está sujeita aos critérios de cisão da unidade do crime defendidos pelas correntes dos movimentos mais recentes de determinação dos critérios de unidade e pluralidade do crime. O crime cinde-se, assim, após prolongados períodos de bom comportamento, após quebra de contacto com a vítima ou após a intervenção do poder punitivo público. Quanto aos casos concretos em que não é possível aplicar estes critérios, pode gerar-se uma situação de subversão da *ratio* do tipo incriminador, pela invariável unidade do crime, independentemente da extensão e dos contornos do comportamento. Para estas situações, afastou-se o critério da gravidade da conduta como factor de cisão do crime, na senda da posição de INÊS FERREIRA LEITE acerca dos critérios de cisão da unidade do crime. Concluiu-se pela necessidade de criação de um critério típico de cisão da unidade ou de aumento da moldura penal para situações de inadequada moldura legal por excesso de gravidade do comportamento do agente, pela prática reiterada da conduta durante um largo período de tempo.

BIBLIOGRAFIA

- Notícia do jornal Público: Peritos exigem que violência doméstica não precise de ser reiterada para ser crime. Público. (25 de Abril de 2007) [Consult. 17 de Mar. 2017] Disponível na Internet: <https://www.publico.pt/portugal/jornal/peritos-exigem-queviolencia-domestica-nao-precise-de-ser-reiterada-para-ser-crime-212270>
- ACOSTA, Miguel Lorente; ACOSTA, José Antonio Lorente; ACOSTA, Manuel Javier Lorente; VILDA, M^a Elena Martínez; CAÑADAS, Enrique Villanueva; - Síndrome de Agresión a la Mujer. Síndrome de Maltrato a la Mujer. In: Tratamiento Penal de la Violencia Domestica contra la Mujer. [Consult. 15 de Nov. 2016]. Disponível na Internet: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-07.html
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto De - *Comentário do Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008.
- *Comentário do Código Penal : à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015
- ALVES, Cláudia – Violência Doméstica, 2015. [Consult.11 Out. 2016] Disponível na Internet: <http://www4.fe.uc.pt/fontes/trabalhos/2004010.pdf>
- ANDRADE, João Da Costa - *Da unidade e pluralidade de crimes. Doutrina geral e crimes tributários*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- ANDRADE, Manuel Da Costa - *A “Dignidade Penal” e a “Carência de Tutela Penal” como Referências de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Lisboa, Abril-Junho 1992
- ANDRADE, Robin De - *Direito Penal*, Parte II, Lisboa: Edição Policopiada, 1972.
- APAV, Relatório Penélope sobre Violência Doméstica no Sul da Europa. [Consult.28 Set. 2017] Disponível na Internet: http://www.apav.pt/pdf/relatorio_penelope.pdf
- APMJ, Parecer da APMJ sobre a proposta de Lei n.º 665/2008. [Consult.14 Mar. 2017] Disponível na Internet: <https://www.apmj.pt/pareceres>
- ASCENÇÃO, José Oliveira – *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13^a Ed., Coimbra: Almedina, 2005

- BARROSO, Luís Roberto - *Princípio da dignidade humana: uma contribuição para a densificação do seu conteúdo*, In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- BELEZA, Teresa Pizarro – *Violência Doméstica*. Revista do cej n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008.
- *Maus Tratos Conjugais: O art.153.º, n.º3 do Código Penal*. Lisboa: AAFDL, 1989
- BRANDÃO, Nuno – A tutela especial reforçada da violência doméstica, Revista Julgar n.º12, Set- Dez. 2010 [Consult. 11 Out. 2016]. Disponível na Internet: <http://julgar.pt/a-tutela-penal-especial-reforcada-da-violenciadomestica/>
- BRAVO, Jorge Dos Reis - *A actuação do Ministério Público no Âmbito da Violência Doméstica*. Revista do Ministério Público, n.º 102, Lisboa: Editorial Minerva, Abril-Junho 2005
- BRITO, Ana Barata De, O crime de violência doméstica: notas sobre a prática judiciária, 2014 [Consult. 11 de Out. 2016] Disponível na Internet: http://www.tre.mj.pt/docs/ESTUDOS%20-%20MAT%20CRIMINAL/Violencia%20Domestica_2014-12-01.pdf
- BRITO, Teresa Quintela De – Correção do Exame de 27.06.2016, da disciplina de Crimes em Especial da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. [Consult. 07 de Mar. 2017] Disponível na Internet: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/TQB_MA_28390.pdf
- [et. al.] - *Direito Penal, Parte Especial, Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Almedina, 2007
- CANOTILHO, Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ªEd., Coimbra: Almedina, 2003
- CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007
- CARVALHO, Américo Taipa De – Comentário ao art. 152.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Direção J. Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- *Direito Penal, Parte Geral*, Porto: Universidade Católica Editora, 2016

- CGPJ, *Guía de Criterios de Actuación Judicial Frente a la Violencia de Género*, 2013, Disponível na Internet: <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/profesionalesInvestigacion/juridico/protocolos/docs/GuiaActuacionjudicial2013.pdf>

- CISNEROS, María Poza - *Violencia doméstica : la experiencia española*. Revista Julgar, N° 12, esp. (Set.- Dez. 2010) [Consult. 27 de Set. 2017] Disponível na Internet: <http://julgar.pt/violencia-domestica-la-experiencia-espanola/>

- CONSELHO DA EUROPA - Council of Europe Convention On Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence: Istanbul Convention, A global tool to prevent and combat violence against women and girls. [Consult. 04 de Jun. 2017] Disponível na Internet: <https://edoc.coe.int/en/violence-against-women/6082-the-istanbul-convention-a-global-tool-to-prevent-and-combat-violence-against-women-and-girls.html>

- CONSELHO DA EUROPA - *Livre do medo, Livre da Violência*. [Consult. 04 de Jun. 2017] Disponível na Internet: <https://rm.coe.int/1680685fcb>

- CORREIA, Eduardo- *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1963.

- *Direito Criminal*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1971
- *Direito Criminal*, vol. II, Coimbra: Almedina, 2014 (reimp.).

- CORROZA, Elena Inigo- *La Violencia Doméstica en España: el Delito de Malos Tratos en el Seno Familiar*. Revista do Ministério Público, N.º 102, Lisboa: Editorial Minerva –SMMP, 2005

- COSTA, Faria - *Direito Penal, Parte Especial (Contributo a uma Sistematização dos Problemas “Especiais” da Parte Especial)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004

- D'ALMEIDA, Luís Duarte - *O ‘Concurso de normas’ em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2004.

- DIAS, Augusto Silva – *Crimes Contra a Vida e a Integridade Física*. 2.ª Ed., Lisboa: AAFDL, 2007

- DIAS, Isabel - *Violência Doméstica e justiça: respostas e desafios*, Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010.
- DIAS, Jorge De Figueiredo – *O sistema sancionatório do Direito Penal Português no contexto dos modelos da política criminal*, I, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra: Universidade de Coimbra - Faculdade de Direito, 1984.
- “*O direito penal do bem jurídico*” como princípio jurídico-constitucional, In: XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- *Direito Penal*. Parte Geral, I, 2ª ed. (2.ª reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FEITOR, Sandra Inês - *Análise Crítica do Crime de Violência Doméstica*, Rubrica Pontos de Vista da Faculdade de Direito da universidade Nova de Lisboa, 2013.[Consult. 07 de Mar. 2017] Disponível na Internet: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/5951.pdf>
- FÉRIA, Teresa - *Ousar Vencer a Violência sobre as Mulheres na Família* - Guia de Boas Práticas Judiciais, cap. I, APMJ, 2006. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível na Internet: <https://www.apmj.pt/88-noticias/483-9-junho-portalegre>
- FERNANDES, Catarina, CIG - *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno – Manual multidisciplinar*, LÚCIA GAGO e PAULO GUERRA (coord.), Centro de Estudos Judiciários, 2016. [Consult. 07 de Mar. 2017] Disponível na Internet: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf
- FERNANDES, Plácido Conde- *Violência Doméstica no Quadro Penal e Processual Penal*. Revista do cej n.º8 (Especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, 1.º Semestre 2008.
- FERREIRA, Cavaleiro De- *Direito Penal Português, Parte Geral*, Lisboa: Verbo, 1981.
- FERREIRA, Maria Elisabete - *Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica*, Julgar Online, Maio de 2017. [Consult. 04 de Jun. 2017] Disponível na Internet: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/20170531-ARTIGO-JULGAR-Cr%C3%ADtica-ao-pseudopressuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-viol%C3%Aancia-dom%C3%A9stica-Maria-Elisabete-Ferreira.pdf>

- FISHER, Hilary - Livre do Medo, Livre da Violência- Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à violência contra as mulheres e violência doméstica. Manual para deputados, 2012. [Consult. 04 de Jun. 2017] Disponível: http://website-pace.net/documents/19879/730532/HandbookParliamentarians_PO.pdf/7a74f5e0-bb63-4152-a3b0-78c6a78e4916

- HENRIQUES, Leal/SANTOS, Simas - *Código Penal Anotado*, vol. 2º, 2ª Ed., Lisboa: Rei dos Livros, 1995

- LATAS, António João - *As alterações ao código penal introduzidas pela Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro*. Revista do cej, N.º 1, 1º semestre, 2014

- LEITE, André Lamas- A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia, Revista Julgar n.º12, Set- Dez. 2010 [Consult.11 Out. 2016]. Disponível na Internet: <http://julgar.pt/a-violenciarelacional-intima-reflexoes-cruzadas-entre-o-direito-penal-e-a-criminologia/>

- *Penas acessórias: questões de género: de violência doméstica e o tratamento jurídico-criminal dos "shoplifters"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

- LEITE, Inês Ferreira- *Pedofilia: repercussões das novas formas de criminalidade na teoria geral da infração*, Lisboa : FDL, 2003.

- *Ne (Idem) bis in idem : a proibição de dupla punição e de duplo julgamento como contributo para a racionalidade do poder punitivo público*, volumes I e II, Lisboa : FDL, 2015.

- LEONE, Geovani - *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli: Eugenio Jovene, 1933

- LISZT, Franz Von - *Tratado de Derecho Penal*, trad. Quintiliano Saldaña. - 2ª ed. - Madrid : Reus, 1926

- MATOS, Ricardo Bragança de – *Dos maus tratos a cônjuge à violência doméstica: um passo à frente na tutela da vítima?*. Revista do Ministério Público, Lisboa: Editorial Minerva –SMMP N.º 107, 2006,

- MENDES, Paulo de Sousa- *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, 2014

- MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional Público*, Cascais: Principia, 2012
- MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010
- MONIZ, Helena - *Agravação pelo resultado? Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009
- MONTEIRO, Cristina Líbano- *Do Concurso de Crimes ao «Concurso de ilícitos» em direito penal*, Coimbra: Almedina, 2015.
- MOUTINHO, José Lobo - *Da Unidade à Pluralidade de Crimes no Direito Penal Português*, Lisboa: Universidade Católica, 2005.
- NEVES, José Francisco Moreira das – *Violência doméstica- um problema sem fronteiras*, Verbo Jurídico, 2000 [Consult. 11 Nov. 2016]. Disponível na Internet: <http://www.verbojuridico.net/doutrina/familia/violenciadomestica.html>
- *Violência Doméstica – bem jurídico e boas práticas*, Verbo Jurídico, 2009 [Consult. 10 Abr. 2017] Disponível na Internet: http://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/moreiraneves_violenciadomestica_bemjuridico.pdf
- NICÁS, Nuria Castelló- *Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido*, In: *Estudios penales sobre violencia domestica*, Madrid: Edersa, 2002
- NUNES, Carlos Casimiro/MOTA, Maria Raquel - *O Crime de Violência Doméstica: a al. B) do art. 152.º do Código Penal*, Revista do Ministério Público, Lisboa: Editorial Minerva, n.º 122, Abril-Junho 2010
- PALMA, Maria Fernanda - *Conceito material de crime, direitos fundamentais e reforma penal*, Anatomia do Crime n.º 0, Coimbra: Almedina, 2014
- *Direito Penal, Conceito Material de Crime, Princípios e Fundamentos- Teoria da Lei Penal: Aplicação no Tempo, no Espaço e quanto às Pessoas*, Lisboa: AAFDL, 2017
- *Direito Penal, Parte Geral*, 3ª Ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2017
- PETRONE, Marino, *Reato abituale*, Padova: Cedam, 1999

- RODRIGUES, Anabela/FIDALGO, Sónia - Comentário ao art.º 169.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Direção J. Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- SERRÃO, Joel - *Dicionário de História de Portugal*, vol. IV, Porto: Iniciativas Editoriais, 1979.
- SOUSA, Miguel Teixeira De – *Introdução ao Direito*, Coimbra: Almedina, 2012
- SILVA, Germano Marques da- *Direito Penal Português, Parte Geral: introdução e teoria da lei penal*, Lisboa:Verbo, 1997
- *Direito Processual Penal Português*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013
- SILVEIRA, Luís - *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2017
- SZNICK, Valdir - *Delito Habitual*, 2 ed. rev. e ampl. - São Paulo: Sugestões Literárias, 1980

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.11.1997, processo n.º 1225/97

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30.10.2003, processo n.º 03P3252

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05.04.2006, processo n.º 06P468

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06.04.2006, processo n.º 06P1167

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23.01.2008, processo n.º 07P4830

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11.05.2008, processo n.º 08P2504

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 02.07.2008, processo n.º 07P3861

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.03.2009, processo n.º 09P0236

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14.05.2009, processo n.º 07P0035

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29.11.2012, processo n.º 862/11.6TAPFR.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12.06.2013, processo n.º 1291/10.4JDLSB.S1

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17.09.2014, processo n.º 595/12.6TASLV.E1.S1

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29.01.2003, processo n.º 3827/2002

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 06.07.2005, processo n.º 17713/05

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21.01.2009, processo n.º 525/06.4GCLRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.01.2010, processo n.º 361/07.0GCPBL.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.03.2011, processo n.º 759/09.0PAOVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 09.05.2011, processo n.º 79/10.7SBGVA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07.03.2012, processo n.º 486/10.5GBAND.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24.04.2012, processo n.º 632/10.9PBAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16.01.2013, processo n.º 486/08.5GAPMS.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.02.2013, processo n.º 288/12GBILH.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 27.02.2013, processo n.º 83/12.0GCGRD.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 29.01.2014, processo n.º 1290/12.1PBAVR.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10.07.2014, processo n.º 1205/13.0GBAGD.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25.02.2015, processo n.º 130/13.9TAIDN.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20.01.2016, processo n.º 835/13.4GCLRA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 09.03.2016, processo n.º 48/15.0GBLSA.C1

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 15.12.2016, processo n.º 55/15.3GCMBR.C1

Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20.12.2005, processo n.º 2489/05-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 28.06.2011, processo n.º 32/08.0TAGDL.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03.07.2012, processo n.º 53/10.3GDFTR.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 08.01.2013, processo n.º 113/10.0TAVVC.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 30-06-2015, processo n.º 1340/14.7TAPTM.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 06.12.2016, processo n.º 59/15.6 GAVVC.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15.12.2016, processo n.º 94/15.4 PATVR.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15.12.2016, processo n.º 33/14.0GBADV.E1

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 18.04.2017, processo n.º 817/15.1T9STR.E1

Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03.11.1999, processo n.º 9810911

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10.01.2005, processo n.º 1947/04-1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10.09.2012, processo n.º 1011/11.6GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15.10.2012, processo n.º 639/08.6GBFLG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19.11.2015 processo n.º 1242/14.7GBBCL.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 04.04.2016, processo n.º 1528/14.0PBRG.G1

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 06.02.2017, processo n.º 201/16.06GBBCL.G1

Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27.02.2008, processo n.º 1702/2008- 3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02.03.2011 processo n.º 938/08.7PCCSS.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12.04.2011, processo n.º 3705/08.4TDLSB.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15.04.2015, processo n.º 303/13.4PPLSB.L1-3

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23.04.2015, processo n.º 469/13.3PBAMD.L1-9

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.05.2015, processo n.º 361/12.9GAMTA.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31.06.2016, processo n.º 249/14.9PAPTS.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18.10.2016, processo n.º 1316/12.9PFLRS.L2-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13.12.2016, processo n.º 1152/15.0PBAMD-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.02.2017, processo n.º 1816/14.6PFLRS.L1-5

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 01.06.2017, processo n.º 3/16.0PAPST.L1-9

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31.01.2001, processo n.º 0041056

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 31.01.2001, processo n.º 30646

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 04.06.2003, processo n.º 0340047

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05.11.2003, processo n.º 0342343

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12.05.2004, processo n.º 0346422

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28.02.2007, processo n.º 0616665

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29.02.2012, processo n.º 368/09.3PQPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19.09.2012, processo n.º 901/11.0PAPVZ.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26.09.2013, processo n.º 176/11.1SLPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07.10.2013, processo n.º RP20130710130/10.0GAMTR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11.06.2014, processo n.º 286/12.8PBMTS.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20.04.2016, processo n.º 342/14.8GBSTS.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27.04.2016, processo n.º 780/13.3GALSD.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.06.2016, processo n.º 1170/14.6TAVFR.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12.10.2016, processo n.º 2255/15.7T9PRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08.03.2017, processo n.º 121/15.5JAPRT.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29.03.2017, processo n.º 632/16.5GAALB-A.P1